

L'ABUS DU DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 27 Janvier 1920



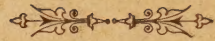
PAR H.-M. LECLERCQ

Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur.

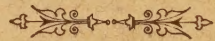
Suffragants : MM. DEMOGUE, Professeur,
LACOUR, Agrégé.

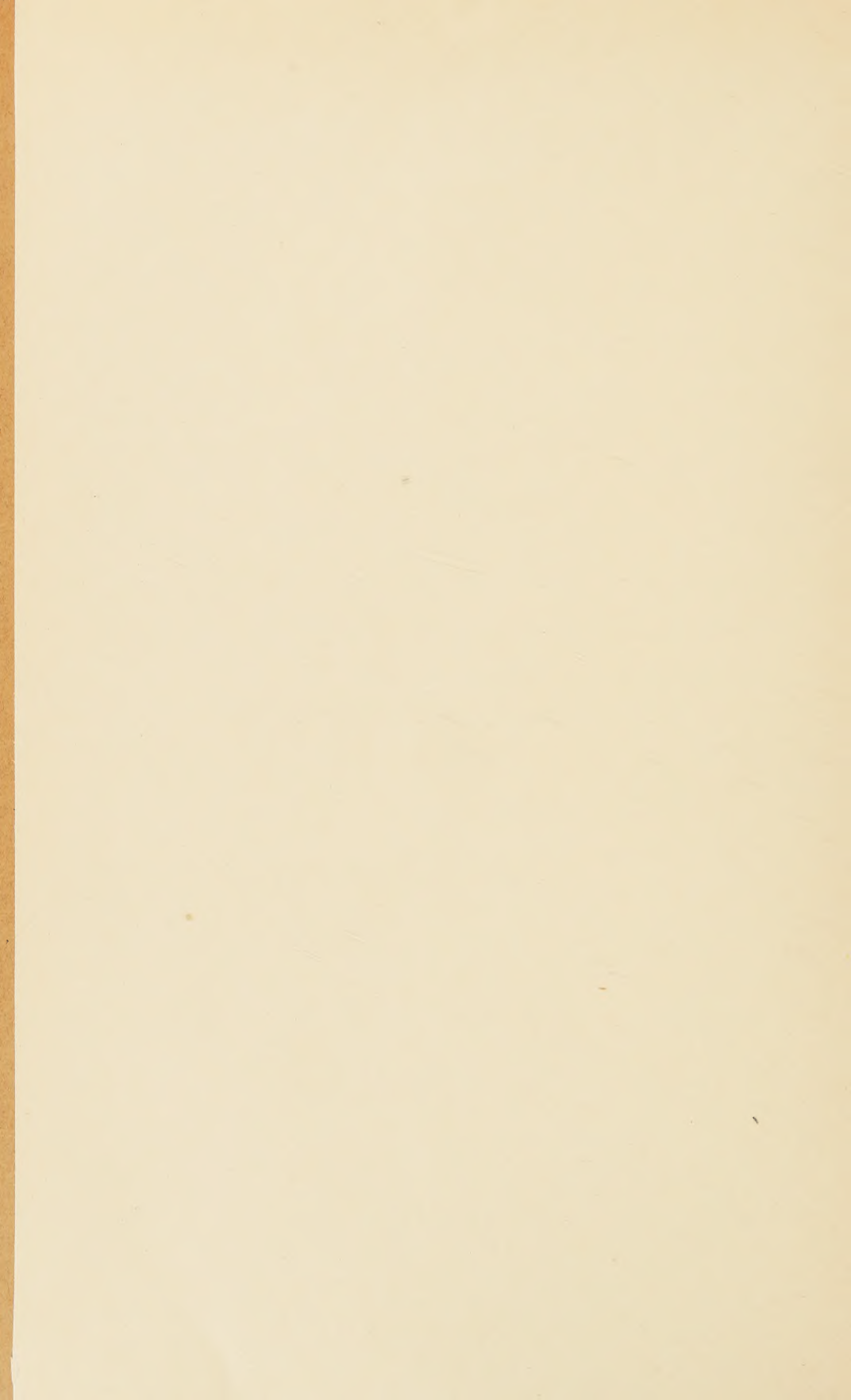


1920



La Faculté n'entend donner ni approbation,
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.







Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ABUS DU DIVORCE

INTRODUCTION

*Le Lien du Mariage envisagé au point de vue
individualiste et au point de vue social*

Sur le roc inébranlable des montagnes se dressaient les châteaux féodaux ; sur des assises de pierres résistantes reposent les palais modernes ; l'arbre le plus vigoureux possède les plus puissantes racines : dans les constructions comme dans la nature, une harmonie indéniable existe entre le corps et sa base ; que serait un édifice à base d'argile, un arbre à racines d'arbuste ? Ils seraient l'un et l'autre voués à un écroulement et à une chute rapides. Voilà des exemples certains, véritables modèles pour tout constructeur, qu'il soit architecte ou législateur.

Qu'est-ce en effet que l'Etat, la société, sinon de véritables constructions juridiques ? La puissance d'un Etat, la grandeur d'une société sont en raison directe de la fermeté de leurs bases.

Quelle est donc cette base destinée à asseoir ces Etats puissants qui se partagent la domination du monde ? C'est la famille, cette cellule initiale, véritable fondement de la société.

Tant vaut la famille, tant vaut la société ; aussi, pour le bien de tous, faut-il que cette cellule initiale soit fermement constituée.

A ce point de vue exclusivement social, s'est toujours opposé et s'oppose de plus en plus de nos jours le point de vue individualiste et les deux grandes thèses rivales : celle du mariage

indissoluble et celle du mariage résoluble par le divorce sont ardemment défendues par de chauds partisans.

De cette longue lutte est résultée une grande instabilité dans la législation du mariage, laquelle a oscillé dans des limites variant entre la théorie du mariage-contrat, telle qu'elle se présente dans cette loi du 20 septembre 1792 votée sous l'influence prépondérante des Girondins et qui reflète leurs idées politiques et philosophiques, et celle de l'indissolubilité la plus absolue, telle qu'elle ressort notamment des paroles passionnées de Monsieur de Boudal, qui aboutirent au vote de la loi du 8 mai 1816.

De la consécration successive de ces deux principes opposés dans une période de moins de trente années, il résulte clairement que l'un et l'autre s'appuient de puissants arguments qui, fortifiés par des considérations diverses et les fluctuations politiques, suffisent pour entraîner l'opinion en des sens diamétralement opposés.

Ecartons tout d'abord l'idée dominante qui a dicté au législateur de la Révolution les termes de la loi de 1792 ; refusons-nous à admettre comme lui « qu'il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte » ¹.

Toutes les lois, en effet, tant civiles que pénales, ne doivent-elles pas protéger la liberté individuelle qu'autant que cette

1. Préambule de la loi du 20 septembre 1792 (Duvergier, tome IV, p. 556.

Voici le préambule et les principaux articles de cette loi :

« L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit :

Art. 1^{er}. — Le mariage se dissout par le divorce.

Art. 2. — Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux.

Art. 3. — L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère.

Art. 4. — Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés, savoir :

1^o Sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ;

dernière ne porte pas atteinte à celle des autres citoyens et au bien-être collectif ? Faites pour tous, elles doivent s'élever au-dessus des intérêts particuliers, afin de ne prendre en considération que l'intérêt commun.

L'Assemblée législative, entraînée par le courant d'idées qui se manifestait alors, n'avait fait que consacrer le divorce, dont beaucoup de personnes avaient usé sans attendre une loi sur la matière.

La pente était fatale et rapide et la Convention, après ses décrets du 8 Nivose et du 4 Floréal de l'an II qui avaient rendu le divorce encore plus facile, se vit obligée, devant l'abus de cette liberté nouvelle, de rétroagir¹.

Ces deux Assemblées avaient eu le tort de considérer le divorce comme une des conséquences d'un des droits les plus élémentaires de l'homme ; elles avaient voulu voir dans le mariage résoluble à l'excès comme la résultante du principe de liberté ; le divorce leur apparaissait comme un bien, comme une nécessité légitime.

2° Sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ;

3° Sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ;

4° Sur le dérèglement de mœurs notoire ;

5° Sur l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ;

6° Sur l'absence de l'un d'eux sans nouvelles, au moins pendant cinq ans ;

7° Sur l'émigration dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792. »

1. A Paris, dans les 27 mois qui suivirent la promulgation de la loi du 20 septembre 1792, il y eut 5,994 divorces.

La loi du 8 Nivose ordonnait aux tribunaux de famille (organisés par la loi du 20 septembre 1792) de statuer dans le mois de la demande sur les contestations relatives aux biens des époux.

Cette mesure avait pour objet d'empêcher le mari de dissiper les biens de sa femme.

La loi du 4 Floréal surtout facilitait le divorce. Lorsqu'il était prouvé par acte authentique ou de notoriété publique que les époux étaient séparés de fait depuis plus de six mois, le divorce pouvait être demandé et prononcé sans aucun délai (art. 1^{er}).

L'exécution de ces lois fut suspendue par le décret du 15 Thermidor an III.

Liberté, justice, humanité, tels furent les grands principes qui leur dictèrent ces solutions, principes dont elles firent mauvaise application. Il est bien vrai, en effet, que la loi doit respecter la liberté qu'elle enchaîne, être conforme à la justice et gardienne de l'humanité qu'elle prétend régir : « On ne légifère en effet ni contre la liberté, ni contre la justice, ni contre l'humanité » ¹.

Mais l'indissolubilité viole-t-elle la liberté ? Nul doute aux yeux du législateur révolutionnaire puisqu'elle enchaîne jusqu'à la mort, puisque vous abdiquez votre liberté en passant un contrat sur lequel on ne revient pas, puisque vous vous enchaînez sans retour en portant atteinte à la nature.

Mais le raisonnement s'oppose à pareille assertion. « Non, comme le dit très justement le R. P. DIDON, quand un être intelligent et libre accepte toutes les conséquences d'une tâche qu'il s'impose et dont il a mesuré l'étendue, lorsqu'il s'incline devant elle, il n'y a dans cette abdication ni atteinte à sa liberté, ni soumission au servage ; non, la grande œuvre familiale ne nous enchaîne pas comme des serfs, elle nous modère. La règle, sans doute, restreint nos mouvements, mais restreindre des mouvements désordonnés, est-ce porter atteinte à la liberté ? Non, c'est plutôt la servir et la fortifier » ².

Mais, sans nous élever à ce point de vue philosophique, il est facile de voir combien étaient soumises à l'influence de l'époque les décisions des Assemblées révolutionnaires en matière de divorce ; combien ces Assemblées avaient négligé l'intérêt véritable de la société et à quel point elles avaient oublié que la loi, même lorsqu'il s'agit de la loi civile, c'est l'ordre.

Il est en effet un phénomène social que l'on ne peut pas nier, c'est que les lois subissent l'influence du milieu et que le législateur cède de plus en plus aux influences extérieures en sanctionnant par le droit les situations de fait préexistantes.

S'il en est ainsi en matières de lois industrielles réglant la durée du travail, la quotité des salaires, quelles que soient

1. Cf. R. P. DIDON. — *Indissolubilité et divorce*, page 74.

2. R. P. DIDON. — Op. cité. page 81.

les conséquences économiques de pareilles réformes, elles n'en sont pas moins acceptables. Mais il est une matière sur laquelle le législateur doit commander en maître, où sa volonté impérieuse doit imposer à tous le respect des règles qu'il établit et pour l'élaboration desquelles il doit prendre en considération non l'intérêt plus ou moins bien compris de chacun, mais l'avantage que la collectivité, considérée comme un seul corps, peut en retirer ; cette matière est celle du mariage, car « on ne saurait trop le dire, tout ce qui touche à la famille humaine soulève des conséquences auxquelles personne ne doit rester étranger »¹.

« On peut renverser des corps législatifs, d'autres les remplaceront ; on peut lacérer des codes, on refera des codes ; mais ce qu'il est impossible de reconstruire, c'est un foyer ; quand il est éteint, quand il ne reste plus que des cendres et des charbons noircis, où prendra-t-on l'étincelle pour rallumer ces tisons morts ? »².

Et ce foyer est la base sacrée du pays que le législateur a le devoir de protéger par des lois tutélaires. Il doit donc, en cette matière, tourner ses regards vers le bien social dont il a la garde et, à ce point de vue, nul doute que le divorce doive lui apparaître comme un mal incontestable.

En résumé, société et individualisme combattent en sens opposés pour réclamer, l'une l'indissolubilité du lien conjugal, l'autre le mariage résoluble par le divorce et, dans cette lutte, le bonheur individuel doit être sacrifié au bonheur collectif : « Entre deux mesures dont l'une est certainement utile à la majorité et pénible à quelques-uns, l'autre agréable à ceux-ci et nuisible au plus grand nombre, la justice et la charité même veulent que la première prédomine : c'est la question qu'il faut se poser quand l'on veut juger de la valeur d'une institution. Posons-la pour le mariage ? Et la réponse que la raison nous dicte, c'est que la société se composant de familles, tant valent ces familles, tant vaut la société. Considérons maintenant ce que le mariage indissoluble apporte de chance de sécurité à la famille : elles sont

1. R. P. DIDON. — Op. cité, page 103.

2. R. P. DIDON. — Op. cité, page 105.

multiples : chance de réflexion sérieuse avant l'engagement définitif, chance de cohésion plus forte entre les membres qui la composent, puisqu'aucun élément étranger ne pourra s'y incorporer »¹.

Voilà quelques-uns des résultats bienfaisants devant lesquels l'égoïsme individuel doit s'incliner pour le grand bien de la collectivité dont il est appelé à bénéficier indirectement.

Si puissants que soient les arguments contraires, si séduisants qu'ils puissent paraître à première analyse, le divorce n'en est pas moins un mal, mais il faut le reconnaître, c'est un mal nécessaire : « Notre nature, dit fort bien le R. P. Didon, est fragile ; le limon dont nous avons été pétris est grossier ; l'éternité n'est pas notre lot sur la terre, à nous qui sommes en proie à mille oscillations, agitations, changements : l'homme et la femme varient, c'est la loi fatale »².

Toutes ces faiblesses humaines vont-elles nécessiter une brèche dans cette digue de l'indissolubilité ?

Le prêtre, lui, ne le croit pas : « Dans les situations désespérées où la loi de l'indissolubilité nous réduit, elle nous oblige, dit-il, à atteindre toute la hauteur humaine en ne nous laissant d'autre alternative que de déchoir ou de nous grandir jusqu'à l'héroïsme »³.

Le législateur, cependant, ne doit pas être insensible à ces situations douloureuses ; il doit offrir d'autres ressources à la victime de graves fautes, et si cette dernière, n'écoutant pas la bonté naturelle inhérente à tout cœur, refuse son pardon au coupable et désire briser le lien qu'elle a contracté, cette possibilité doit lui être offerte.

A cette thèse, les partisans de l'indissolubilité ne tarderont pas à objecter que cette fissure dans la digue qu'ils ont élevée ira sans cesse grandissante et que le flot de corruption menacera la société.

Certes, leur reproche est fondé et le danger est là, menaçant : le divorce est, a-t-on dit, un remède à une situation déses-

1. Cf. PAUL BOURGET. — *Un divorce*, pages 27 et 28.

2. Cf. R. P. DIDON. — *Ibid.*, page 77.

3. d° *Ibid.*, page 75 *in fine*.

pérée, mais c'est un remède dangereux. Est-ce une raison pour le rejeter ! Le médecin rejette-t-il le poison parce qu'il est dangereux ? Evidemment non. Entre des mains habiles, à doses convenables, il sera bienfaisant, tandis qu'abandonné sans limite à l'usage de tous, il causera les plus terribles accidents.

Or, quel est le médecin capable d'autoriser l'emploi de cet ultime remède qu'est le divorce, si ce n'est le législateur qui doit sévèrement limiter les cas où il pourra en être fait usage plutôt que de laisser à d'autres la possibilité de l'appliquer à des situations pour lesquelles il n'est pas fait.

Le divorce est aussi utile que l'amputation ; mieux vaut la mutilation du blessé que sa mort ; mieux vaut un mariage dissous par le divorce qu'un ménage exposé aux pires désordres, donnant à tous l'exemple de la désolation et du vice.

Le terrible poison est parfois bienfaisant, l'amputation douloureuse souvent utile, le divorce quelquefois nécessaire.



PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I^{er}

L'abus du divorce et ses motifs

Tout est question de mesure, et la loi du divorce peut exister sans être cette loi destructive de la vie familiale, cause d'anarchie et de désordre telle que nous la dépeint M. Paul Bourget ¹.

Ce qui est mauvais dans cette loi, c'est l'application qui en est faite, application prêtant le flanc à des critiques justifiées qui décèlent le mal, mais l'imputent trop volontiers au principe même du divorce.

Le péril, en effet, c'est cette liberté trop grande laissée aux juges qui, emportés par le courant de l'opinion, collaborent à cette œuvre de désorganisation qui, lentement mais irrésistiblement, entraîne le pays vers de tristes destinées.

Comme l'on se trouve éloigné de ces sages recommandations contenues dans le rapport de Monsieur de Marcère, déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 14 mars 1882, lorsque, faisant allusion à la tâche nouvelle qui s'imposait aux magistrats, il disait très catégoriquement : « Les magistrats compléteront l'enseignement de la loi ; ils sont maîtres de l'effet qu'elle peut produire dans les mœurs. Ils l'appliqueront dans l'esprit où elle a été faite.... et ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes pour lesquelles le législateur aura réservé un recours qui, à ses yeux mêmes, n'a rien de favorable » ².

Trop confiant en la sagesse des juges, le législateur eut le

1. Cf. PAUL BOURGET. — Ibid., pages 398.

2. *Journal officiel* du 30 mars 1882. — Documents parlementaires de la Chambre, page 811.

grand tort de laisser à leur libre appréciation la recherche des circonstances extrêmes constituant l'injure grave, nécessitant la rupture du lien conjugal, et cette fâcheuse méthode a contribué à établir en France, malgré la volonté certaine de tous ceux qui ont voté la loi de 1884, le divorce pour causes indéterminées.

On pourrait dire, en quelque sorte, que le résultat actuel n'aurait pas été plus largement atteint si le pouvoir législatif avait élaboré une loi annonçant que le divorce serait possible chaque fois qu'il paraîtrait opportun aux magistrats de le prononcer ; et, cependant, nul doute que la proclamation d'une telle proposition aurait soulevé au sein de la Chambre des députés et du Sénat de cette époque les protestations les plus formelles et les plus véhémentes.

Mais, pour éviter de tomber dans l'exagération, contentons-nous d'affirmer que le divorce pour causes indéterminées existe, en fait, chez nous, et cela par suite de l'introduction parmi les causes légales du divorce de ce qu'on appelle l'injure grave, ces quelques syllabes renfermant un vaste domaine où la liberté d'appréciation jurisprudentielle peut se donner libre carrière et où les parties trouvent les armes nécessaires pour trancher le lien qui les unit.

Qu'est-ce, en effet, que l'injure grave ? Aucune définition complète n'a pu en être donnée, tant est étendue la compréhension de ce mot. Un petit effort d'imagination et nombre de faits, de paroles, d'actes se présentent à l'esprit.

Que l'injure soit subjective et s'adresse directement à l'autre époux, qu'elle soit objective et ne l'atteigne qu'indirectement, par ricochet, pour ainsi dire ; qu'elle porte atteinte à son honneur ou qu'elle menace simplement d'y porter atteinte, le juge bienveillant est là, prêt à consacrer la rupture de ce lien que le législateur désirait immuable. Le Tribunal de la Seine, le 2 juin 1890, ne décidait-il pas que le mari qui, étant percepteur, détourne des titres de rente et des sommes d'argent à lui confiés et s'expose à apporter par là le trouble et le déshonneur dans son ménage, commet à l'égard de la femme une injure grave de nature à entraîner le divorce¹.

1. Tribunal Seine, 2 juin 1890. — Journal *Le Droit*, 26 juin 1890.

Le Tribunal de Perpignan n'a-t-il pas considéré comme constituant une injure d'une gravité suffisante vis-à-vis de la femme, la mise en réforme d'un officier ¹ ?

Devant de telles décisions, comment-est-il possible d'assigner des bornes à ce domaine de l'injure ?

Il n'est pas aisé de se donner pour tâche de rechercher sur quel critérium les magistrats s'appuient pour apprécier l'injure et sa gravité. A vrai dire, et l'expérience de ces dernières années le prouve surabondamment, aucune règle directrice ne s'est imposée aux décisions de jurisprudence : tout est ici question d'espèces, question de fait ; cette appréciation appartenant du reste souverainement en dernier ressort aux Cours d'appel, comme le proclame la Cour de cassation par une jurisprudence constante ².

Violation des obligations légales du mariage, atteinte à l'honneur de l'autre conjoint par des faits étrangers à la vie conjugale, telles furent les deux catégories semblant motiver la totalité des arrêts et jugements rendus en matière de divorce.

Tandis que dans le premier cas, l'intention fait l'injure, que l'abandon du foyer conjugal, le refus du mari de recevoir sa femme chez lui, d'accomplir ses devoirs conjugaux, ne seront pris en considération que s'ils sont volontaires et basés sur de fausses raisons dictées par des sentiments de mépris et de haine pour le conjoint et rejetés dans les cas contraires, ainsi que l'a jugé le Tribunal de la Seine, considérant un abandon de 33 ans comme ne constituant pas une injure grave parce qu'il était motivé par l'indifférence de l'auteur pour sa femme et sa fille ³.

1. Cf. Perpignan, 4 décembre 1893. — Journal *Le Droit*, 17 mars 1894.

Cf. ARMAND WEILL. — *De la notion d'injure grave en matière de divorce et de séparation de corps*, Paris 1906, page 139.

2. C'est ainsi qu'une Cour d'appel fait un usage légitime du pouvoir d'appréciation souverain qui lui appartient et justifie suffisamment l'admission de la demande au profit du mari, en déclarant que tant l'abandon par la femme du domicile conjugal que les propos grossiers qu'elle a tenus au cours de scènes provoquées par elle... constituaient des injures graves rendant impossible la vie commune : Cass. req. 7 juin 1916. SIREY, 1917-1-12. Cf. égal^t. Cass. req. 22 janvier 1918. (*Gazette du Palais*, 16 février 1918.)

3. 7 mai 1885. *Le Droit*, 7 juin 1885. Cf. WEILL, Op. cité, page 99.

Dans le second cas, l'atteinte et le préjudice subis par le conjoint sont considérés indépendamment de l'intention de l'auteur « attendu dit un arrêt de la Cour de Toulouse, en date du 31 décembre 1888, que le mariage entraîne une solidarité d'honneur et de devoir ; que l'un des époux ne peut encourir une flétrissure sans qu'elle s'étende au conjoint vis-à-vis duquel elle constitue la plus grave des injures »¹. C'est donc par extension et en utilisant l'idée d'injure grave que le divorce sera prononcé en faveur de l'époux victime de la condamnation subie par son conjoint¹.

Et cette jurisprudence qui se défend d'être novatrice, croit se baser sur un jugement du Tribunal de Saumur qui, avant le rétablissement du divorce, avait prononcé la séparation de corps en faveur d'un mari dont la femme avait été condamnée pour excitation de mineurs à la débauche ; mais c'est en faisant de ce jugement une mauvaise interprétation qu'elle a pu s'en servir comme de substratum : cette condamnation n'ayant, en effet, été invoquée que pour établir l'inconduite de la femme qui, seule, constituait l'injure².

Ainsi se présente le danger de ce que l'on appelle l'injure grave : dans la catégorie des faits qui ne peuvent entraîner le divorce que s'ils sont injustifiés et volontaires, le magistrat devra apprécier l'élément intentionnel pour accorder ou refuser la rupture du lien conjugal : pour prendre une aussi grave décision, l'examen est délicat. Quelle facilité, en effet, pour les parties désireuses de briser la chaîne qui les unit que de dire aux juges leur haine réciproque basée sur des motifs rendant impossible la vie commune et grâce auxquels ils seront affranchis d'obligations solennellement contractées.

En accueillant leur demande, les juges écoutent les vœux des plaideurs plutôt que ceux du législateur de 1884.

Ce dernier avait-il voulu cela ? Evidemment non. Avait-il

1. Toulouse. 31 décembre 1888. SIREY, 1889. 2,61.

2. Tribunal de Saumur, 2 août 1862. D. P. 1862, 5,72. Voir de même Villefranche, 2 août 1888. Paud. fr. février 1888. 2,319. Caen février 1857. S. 1857. 2,568. Amiens, 10 mars 1886. *Journal d'aud.* Amiens, 1886, page 85. Cf. WEILL. Op. cité pages 129 et 130.

voulu d'autre part, voir dans la condamnation correctionnelle de l'un des conjoints une injure grave vis-à-vis de l'autre ? Pas davantage.

Monsieur Naquet, porte-parole le plus autorisé dans l'application de cette loi, n'a-t-il pas résolu cette question dans la séance du 8 mai 1882 en soutenant la nécessité de comprendre certaines condamnations correctionnelles parmi les causes de divorce ? « Le vol, l'escroquerie, est-ce là une injure grave de l'un des époux vis-à-vis de l'autre ? Non, Messieurs, ce n'est que par un abus d'interprétation qu'on pourrait considérer ces faits comme une injure grave ¹. »

Tel se présente le danger résultant de l'absence de définition de l'injure. La jurisprudence, dit très justement Monsieur Tissier, y a trouvé un moyen commode de donner satisfaction à des aspirations au divorce qu'elle considérait comme légitimes : elle n'a pas pris garde qu'elle s'engageait sur une pente très dangereuse et qu'elle multipliait les causes du divorce avec un arbitraire inquiétant, sans souci de la vieille règle qu'il n'y a pas de divorce pour cause indéterminée ².

Le législateur de la loi du 27 juillet 1884 n'avait pu prévoir le danger ; il n'avait commis qu'une imprudence en se déchargeant sur ceux qui ont mission d'appliquer les lois du soin de fixer les limites à ce qu'il avait convenu d'appeler l'injure grave ; il avait cru en la modération des magistrats qui ne répondirent pas à ce qu'il attendait d'eux et se laissèrent gagner par l'opinion dominante qui se montra satisfaite du mouvement en faveur du divorce contrairement à toutes les prévisions, ce qui faisait dire à Monsieur Georges Michel, dans un article paru dans l'*Economiste français* : « Nous n'étions pas éloigné de croire que le souci des convenances, la crainte du qu'en dira-t-on ou certaines autres considérations indéfinissables opposeraient une digue

1. *Journal Officiel* du 9 mai 1882. Débats parlementaires. Chambre, page 537, Cf. BERTHELLOT. Excès, sévices et injures graves en matière de divorce, pages 57 et sq.

2. Tissier. *Revue critique* 1911. Rapport devant la Société d'Études législatives. Séance du 1^{er} mars 1906. *Bulletin de la Société d'Études législatives* 1906, pages 130 et 131.

sérieuse aux progrès de la législation que Monsieur Naquet venait de faire adopter et sanctionner par les pouvoirs publics après neuf années d'efforts et de luttas. Nous pensions que dans un pays de traditions comme la France, un homme divorcé et surtout une femme, subirait une *capitis deminutio*, un déclassement social qui ferait hésiter les plus déterminés. Les événements n'ont pas précisément confirmé nos prévisions¹. »

Et le résultat de cet état de choses se reflète dans les colonnes des statistiques ; tandis qu'en 1884, 4,657 divorces étaient prononcés ; en 1885 leur nombre fut porté à 4,123 ce qu'on expliqua par les conversions qui furent nombreuses ; puis, contrairement aux prévisions-optimistes des promoteurs de la loi de 1884, leur nombre passa successivement de 4,005 en 1886, à 5,797 en 1889, à 6,249 en 1889, à 6,557 en 1890 pour atteindre 8,431 en 1902, 9,860 en 1904, 10,573 en 1916, suivant une marche ascendante nettement marquée².

Le législateur moderne est-il resté indifférent devant de pareils chiffres ? A-t-il réagi contre l'abus que l'on faisait du divorce ? ou au contraire s'est-il engagé lui-même sur la funeste pente ?

C'est malheureusement ce dernier parti qu'il a pris. Au lendemain même de la loi de 1884, la procédure ancienne, lente et compliquée, est remplacée par une autre plus expéditive et moins onéreuse, instituée par la loi du 18 avril 1886 : assignation rédigée dans les formes ordinaires ; — possibilité de former une demande reconventionnelle par simple acte de conclusions — enquête devant un juge commissaire — réduction à six mois du délai d'une année pendant lequel le Tribunal, espérant un rapprochement possible entre les époux, pouvait ajourner la décision. Telles sont les facilités que le législateur accorde pour la rupture du lien conjugal.

D'une part, il facilite le divorce et d'autre part il semble le considérer comme honteux : en effet, le défendeur fait-il défaut,

1. V. l'*Economiste français* du 3 octobre 1891, page 421.

2. Cf. PLANIOL. Droit civil T. I. n° 1,146. *Journal Officiel* du 16 novembre 1905. TISSIER. Rapport devant la Société d'Etudes législatives, ibid. en note.

Le Président du Tribunal peut alors user de la faculté de faire ordonner des insertions dans les journaux pour apprendre au défaillant la demande dirigée contre lui; mais ces insertions doivent comme le disait le rapporteur à la Chambre être rédigées ainsi : « Monsieur X... est invité à se présenter au greffe pour prendre connaissance d'une affaire qui l'intéresse. »

Pourquoi toutes ces subtilités ? Est-ce donc que le législateur regarde le divorce comme déshonorant ? Alors, pourquoi l'a-t-il rétabli et surtout, pourquoi le favorise-t-il ? Est-ce simplement pour ménager la susceptibilité du défendeur ? Mais si la demande n'est pas justifiée, il lui sera facile de réduire à néant les accusations éhontées que l'on porte contre lui. Est-elle au contraire justifiée : le défaillant, mérite-t-il, alors, d'être protégé contre l'opinion publique et peut-il se plaindre d'une procédure qu'il a nécessitée par sa conduite ?

En matière de conversion, le législateur procédant par étapes a encouragé le divorce au détriment de la séparation de corps; du reste cette dernière admise à regret par les rédacteurs du code a toujours été l'objet d'attaques les plus véhémentes : situation dangereuse disent les uns; état contraire aux lois sociales, affirment les autres, qu'il faut faire disparaître au plus vite : l'un des époux possède-t-il seul la faculté de conversion, le législateur l'accorde aux deux (Loi 27 juillet 1884); le juge est-il en état d'apprécier les motifs de la demande, le législateur lui refuse ce pouvoir et l'oblige à satisfaire sans examen aux vœux des parties (Loi du 6 juin 1908. Art. 310 Al. 4^{er}. C. civ.).

Et cependant, combien pouvait être utile l'œuvre du magistrat qui après un examen impartial avait la possibilité de refuser aux parties le divorce qu'elles sollicitaient et favorisait ainsi une réconciliation possible. Comment s'étonner dans ces conditions que la proportion des réconciliations entre époux, à la suite d'une séparation judiciaire soit tombée à 2 0/0.

Pourquoi permettre au juge l'interprétation des causes secondaires conduisant au divorce quand il est poursuivi directement, et pourquoi lui refuser ce même droit quand le divorce est réclamé par des conjoints déjà séparés ? Parce que dira-t-on,

le juge a examiné les motifs avant de prononcer la sentence de séparation ; — mais peut-être les a-t-il appréciés d'une manière moins sévère étant donné le but poursuivi par le demandeur.

Quel encouragement plus frappant pour le développement du divorce que cette proposition Demôle, qui assimilait au point de vue du recrutement le fils de la femme divorcée au fils de la veuve et qui fut repoussée après avoir recueilli dans la chambre un grand nombre de voix en disproportion avec le peu de mérite qu'elle présentait¹ ; — et cette proposition Letellier qui tendait à permettre à la femme française mariée à un étranger de réclamer le divorce en se basant sur la législation française, alors même que la loi du pays dont son mari est le ressortissant aurait vu dans le mariage un contrat indissoluble².

Ainsi, pour définir l'esprit du législateur actuel, il faudrait renverser les paroles de Monsieur de Marcère et constater que le divorce est dans les vœux des Assemblées législatives modernes. En cette matière, comme en bien d'autres, elles obéissent aux influences extérieures, elles ne leur commandent plus.

Un nouvel exemple de cette fâcheuse tendance du législateur moderne nous est fourni par la loi du 26 juin 1919, votée sans débats, relative à l'importante question de la transcription des jugements et arrêts en matière de divorce, remplaçant par des dispositions nouvelles la rédaction ancienne des articles 244 et 252 du Code civil³.

Sous l'apparence d'une simple modification à la rédaction de ces articles, le législateur a voté une loi favorisant la procédure du divorce. L'ancien article 252 du Code civil accordant un délai de deux mois aux parties pour faire transcrire le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce, déclarait nettement qu'à l'expiration de ce délai sans réquisition de la part de la partie gagnante

1. Dépôt au Sénat (Séance du 30 novembre 1893 Cf. *Journal Officiel* 14 mars 1894. Sénat. Déb. parl. p. 222 et *Journal Officiel* du 13 juillet 1894. Débat parl. p. 678 et sq.).

2. *Journal Officiel*. Débats parlementaires, 13 juillet 1893.

3. *Journal Officiel* du 28 juin 1919. Cf. *Lois Nouvelles*, numéro du 15 juillet 1919, pages 706 et sq.

dans les deux mois ou de la partie perdante pendant le deuxième mois, le divorce était tenu pour nul et non avenue.

La loi nouvelle a-t-elle enlevé à la transcription ce rôle prépondérant ?

A première analyse, après avoir obligé l'avoué de la partie qui a obtenu le divorce à faire opérer la transcription au nom de cette dernière dans les quinze jours, à compter de la signification de la décision devenue définitive, sous la menace d'une amende de 100 francs, la loi ne spécifie pas clairement si, après l'application de cette peine pécuniaire et la non-transcription du jugement pendant le délai, la sentence perd tous ses effets, ou bien si, étendant en cette matière et par analogie les solutions admises par l'article 4 de la loi du 23 mars 1833, relative à la publicité des jugements de nullité, de rescision, ou de résolution de contrats translatifs de propriété, elle regardait la décision judiciaire comme subsistant indéfiniment malgré le défaut de transcription ?

La question pouvait sembler douteuse, lorsque le Ministre de la Justice, qui avait contresigné la loi du 26 juin et en interprétation de cette loi, en réponse à une question qui lui était posée, déclarait qu'il résultait des dispositions de l'article 2 de la loi du 26 juin 1919, modifiant l'article 252 du Code civil, que la transcription des jugements et arrêts en matière de divorce ne constituait pas une formalité substantielle, que son inexécution n'avait donc pas pour effet de rendre caduque la décision qui avait rompu le lien conjugal. Le législateur s'étant borné pour assurer la transcription à imposer une amende à l'avoué de la partie gagnante qui ne l'aurait pas requise, aucun délai de rigueur, par conséquent, n'était fixé, et si la partie qui a succombé avait le droit de requérir la transcription à l'expiration du délai concédé à la partie gagnante, celle-ci n'encourait cependant aucune déchéance et conservait le droit de faire procéder à la transcription concurremment avec l'autre partie ¹.

Au contraire, avec l'ancienne rédaction, si les conjoints, après la prononciation de la sentence, avant de franchir le dernier pas et d'accomplir l'acte final, trouvaient encore dans un

1. *Journal Officiel* du 26 août 1919. Réponse n° 305,85.

dernier moment de réflexion la force de comparer la faute commise et les inconvénients sans nombre inhérents à une rupture, préféraient l'un implorer le pardon, l'autre l'accorder, un moyen fort simple s'offrait à eux : deux mois s'écoulaient sans réquisition de leur part à l'officier de l'état civil et leur ménage pouvait revivre d'une entente parfaite, socialement utile ¹.

Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi, la menace d'une peine pécuniaire pour l'avoué, stimule la partie gagnante à faire transcrire ; le délai accordé aux époux pour transcrire est indéfini ; le jugement est sans cesse valable. Voilà une méthode infaillible pour que chaque décision jurisprudentielle en cette matière soit suivie de la transcription du divorce. Plus d'oublis possible, plus de moyen commode laissé aux parties pour reprendre leur vie commune : ils porteront toujours sur eux l'arrêt de mort d'un foyer.

Telle est cette loi, qui devrait au moins avoir le mérite de déclarer formellement que la transcription n'est plus, en matière de divorce qu'une formalité secondaire, dispensée de tout délai, si bien que l'action en divorce, ne s'éteignant même plus par le décès de l'un des époux après que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce, bien qu'il ne soit pas encore transcrit (arg a contrario de l'art. 1^{er} de la loi du 26 Juin 1919, art. 244 nouveau du code civil) le conjoint survivant aura la faculté de donner au défunt la qualité de divorcé qu'il n'aura jamais possédée de son vivant, et les demandes accessoires qui découlent de la demande principale pourront être continuées ².

On peut donc reprocher aux lois nouvelles qui régissent la matière du divorce d'être mauvaises quant au fond, par leur manque de détermination, et mauvaises quant à la forme, par

1. Une fois le délai expiré, le jugement prononçant le divorce était considéré comme nul et non avenue. Ainsi jugé : Caen, 29 juin 1896. D. P. 1897, 2, 326 et 327. Pau, 19 juin 1900. D. P. 1901, 2, 199.

Tribunaux fondant leurs décisions sur une présomption de réconciliation ou de renonciation au bénéfice du jugement obtenu. Tribunal civil de la Seine, 6 juillet 1899. D. P. 1899, 2, 479. Tribunal civil de Brignole 7 août 1901. D. P. 1902, 2, 344.

2. Cf. Paris. 17 Mai 1898 D. P. 98, 2.256.

suite de leur confection rapide : elles facilitent trop le divorce et abandonnent trop complètement la séparation de corps.

Il nous reste à examiner s'il est possible d'apporter à la législation actuelle des modifications qui puissent protéger le pays contre un danger sans cesse grandissant.

Et d'abord pourquoi confondre le domaine du divorce avec celui de la séparation ? Pourquoi ne pas assigner à chacun des buts différents, et ne pas admettre le divorce à côté de la séparation de corps au lieu de les superposer ?

Le divorce, en effet est arrivé à prendre un développement inquiétant et il est à redouter que bientôt ne recommence à couler ce torrent d'immoralité que roulaient les lois révolutionnaires ¹.

Les mœurs, comme l'opinion actuelle accueillent le divorce qui tend de plus en plus à devenir une simple formalité ; l'abus des procédures convenues en est un indice certain : nombreux sont les époux dont les caractères ne peuvent sympathiser et qui, ne s'accordant que pour demander la rupture du lien qui les unit, règlent par avance la liquidation de leurs intérêts pécuniaires et ne demandent aux juges que de la sanctionner par leur décision.

Aujourd'hui, moins de stabilité dans l'union conjugale, moins de réflexion avant l'engagement puisqu'il sera facilement permis de revenir sur la parole donnée ; moins de concessions réciproques entre conjoints, car aux moindres incidents, chacun d'eux tourne ses regards vers cette porte qui lui est si largement ouverte, ne faisant nul effort pour franchir l'obstacle né d'un malentendu souvent temporaire ou d'une faute qu'une appréciation bienveillante pourrait permettre de pardonner, et menace l'autre d'user du droit qui lui est offert.

Maintenant il n'y a plus dans l'union conjugale, telle qu'elle se présente de nos jours que le lien de la conscience ou celui de la religion qui unit les époux ; le lien de droit ne lie plus.

Mais faut-il s'étonner de cet abus si fréquent du divorce quand le législateur, non seulement le facilite, mais semble même le favoriser en en rendant les conséquences profitables même

1. Le 15 Thermidor de l'An III, Marthe disait à la Convention : vous ne sauriez arrêter, trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses.

à l'époux coupable¹ ? En effet, l'époux divorcé ne peut-il pas épouser son complice, ne peut-il pas parfois légitimer ses enfants adultérins¹ ?

Beaucoup peut-être se réjouissent de la situation que nous déplorons² ; les procédures convenues leur sont chères, car ils voient en elles un argument puissant destiné à faciliter le retour du divorce par consentement mutuel. N'avons-nous pas vu déjà Monsieur Gustave Rivet, député de l'Isère, déposer en octobre 1902 sur le bureau de la Chambre des députés la pétition de loi de Messieurs Paul et Victor Margueritte ayant pour but l'introduction dans notre droit du divorce par consentement mutuel et même le divorce par la volonté d'un seul des époux, sans allégation d'aucun motif.

Cette réforme, qui aurait pu sembler hardie il y a une trentaine d'années, serait l'aboutissement naturel de la pente sur laquelle la législation du divorce se trouve engagée.

Aussi, toutes les propositions qui sont déposées tendent-elles de plus en plus vers un divorce facile, sans causes déterminées, sans allégation de motifs ; elles sont par un grand nombre considérées comme un progrès³.

1. Loi du 15 Décembre 1904 portant abrogation de l'art. 298 du Code civil (*Jour. officiel* du 16 Décembre 1904). Loi du 7 Novembre 1907 modifiant l'article 331 en ce qui concerne les enfants adultérins. (*Jour. officiel* du 9 Novembre 1907. Cf. commentaire de cette dernière loi dans le bulletin. Commentaire des loisnouvelles t. VI p. 583 et sq.

2. Cf. Sorel. Livre du centenaire t. I. p. XXXVII.

3. Un grand effort a été fait en faveur du divorce par consentement mutuel. Monsieur Naquet, n'ayant pu le faire accepter, espérait parvenir à l'établir par étapes.

Le président Magnaud a fait une pétition à la Chambre en sa faveur. (Voir la proposition de loi de Monsieur Morlot, *Journal officiel*, débats parlementaires, Chambre des députés, 2^e séance du 15 décembre 1905, page 4002, et documents parlementaires, Chambre des députés 1905, annexe n° 2863, page 482 : propositions de loi ayant pour but de modifier la loi du 17 juillet 1884 sur le divorce et de rétablir le divorce par consentement mutuel, présentée par Monsieur Emile Morlot.)

Voir également la proposition de Monsieur Louis Martin, *Journal officiel*, débats parlementaires, Chambre des députés, séance du 30 octobre 1905, page 2971, et documents parlementaires, Chambre des députés, annexe annexe n° 2687, page 3 : proposition de loi tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel, présentée par Monsieur Louis Martin.

Voir aussi : HENRI COULON. *Le Divorce par consentement mutuel*, Paris, 1902.

Certes, il y a en elles une progression, mais ne serait-ce pas une progression rétrograde ? Ne serait-ce pas insensiblement revenir aux principes révolutionnaires, à la théorie romaine du *divortium bona gratia* ?

L'histoire, pourtant, avait nettement parlé ; les mœurs du Bas-Empire romain ne nous ont-elles pas laissé le plus triste souvenir ? La Convention n'a-t-elle pas vu le danger d'un divorce sans frein ? Et voulons-nous donc encore une fois tenter une expérience funeste, accorder des facilités qu'il faudra supprimer, faire des concessions dangereuses à la liberté individuelle, concessions que l'on ne pourra reprendre sans s'exposer à de violents reproches : il est préférable de ne pas donner plutôt que de reprendre.

Ne semble-t-il pas que nous soyons déjà trop entrés dans cette voie des concessions, que nous ayons trop sacrifié le bien social au bonheur individuel ?

Toujours désireux de contenter l'opinion, de souscrire à ses désirs, le législateur s'occupe de rechercher les conceptions du passé pour les faire revivre dans l'avenir. Pourquoi reprendre des matériaux volontairement abandonnés plutôt que d'adapter à la situation que réclame la Société les éléments dont nous disposons et qui peuvent nous fournir tout ce dont nous avons besoin pour restaurer l'édifice familial ?

CHAPITRE II

De l'extension des cas de nullité de mariage et de la limitation de la liberté d'appréciation jurisprudentielle en matière de divorce¹.

Avant d'aborder la question des causes de divorce et du remède qui convient à chacune d'elles, il est peut-être convenable de délimiter exactement et le plus étroitement possible le domaine de ces causes rendant nécessaire soit la rupture, soit le relâchement du lien conjugal. Moins elles seront nombreuses, et plus facile sera la tâche de classification qui semble s'imposer.

C'est en partant de ce principe, qui consiste à rendre plus claires et moins susceptibles d'interprétations variées les questions qui se posent devant les magistrats, qu'il paraît utile d'éliminer des causes du divorce figurant dans l'injure grave certaines d'entre elles que l'on pourrait comprendre parmi celles de nullité relative ; ces dernières, en effet, sont réduites, par suite de l'appréciation restrictive qu'en fait la jurisprudence, à un rôle infime, et cela au bénéfice du divorce².

C'est la notion d'erreur sur la personne qu'il faudrait étendre ; c'est la notion de dol qu'il faudrait introduire comme cause de nullité en matière de mariage.

Tout d'abord, comment se présente la notion d'erreur sur la

1. Ce chapitre est le développement de la pensée exprimée par M. Jules Simon, à la séance du 27 mai 1884, quand il disait : « Vous avez parlé de l'erreur sur la personne physique ; je ne sais pas, quant à moi, si l'on ne devait pas aller plus loin et si l'erreur sur la qualité du conjoint ne pourrait pas être admise comme une erreur entraînant la nullité du contrat. Vous croyez épouser un citoyen et vous épousez un infâme : c'est une erreur sur la personne et une erreur d'une nature telle qu'il faut tout au moins réfléchir sur la question et voir si l'on ne pourrait pas ajouter quelques nullités à celles qui existent ». *Journal officiel*, débats parlementaires, Sénat, année 1884, page 978.

2. Cf. Bordeaux, 21 mars 1866. D. 66, 2,87. — Contra Paris, 12 mars 1903. D. 1903, 2,191.

personne en cette matière ? Pour la jurisprudence actuelle, comme pour Pothier, il n'y a qu'une erreur que l'on puisse prendre en considération, c'est celle qui porte sur la personne, et c'est sur la détermination de ce mot personne que se sont élevées nombre de discussions.

Ne doit-on entendre par cette désignation que la personne physique, indépendamment de toute autre considération ; — ou bien peut-on voir dans la personne non seulement l'être vivant, physiologiquement parlant, mais encore les attributs que cette personne possède, qui lui sont propres et la différencient aussi bien de ses semblables que ne le fait la couleur de ses yeux ou le timbre de sa voix.

Après avoir reconnu que « lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage et n'empêche pas, par conséquent, le mariage d'être valable » et après nous avoir donné pour exemple « que si j'ai épousé Marie, la croyant noble quoiqu'elle soit de la basse roture, ou la croyant de bonne renommée quoiqu'elle ait été flétrie par justice » et avoir constaté que dans tous ces cas le mariage que « j'ai contracté avec elle ne laisse pas d'être valable nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet » Pothier ¹ lui-même apporte à la rigueur de son interprétation stricte une exception importante en déclarant que l'époux qui aura contracté mariage avec une personne esclave alors qu'il l'avait crue libre, pourra obtenir l'annulation de son engagement.

Avec cette dérogation, il n'est pas niable que Pothier en tenant compte de l'identité civile de la personne, prend en considération les qualités de cette personne et ne la considère plus uniquement en sa personnalité physique : C'est ce qui faisait dire à Monsieur Demolombe : « N'est-il pas évident que l'erreur sur la personne civile ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles et sociales ? » ²

Pourquoi donc l'ancien droit qui n'admettait pas l'erreur sur

1. POTHIER. Traité sur le contrat de mariage, n^{os} 308 et 309.

2. DEMOLOMBE. Cours de Code Napoléon, t. III, n^{os} 451 et sq.

les qualités, avait-il pu prendre en considération l'erreur portant sur l'état social des conjoints? Cela s'explique par une raison historique : à cette époque, en effet, les mariages pouvaient se faire par procuration et il était nécessaire d'éviter à tout prix ce que l'on appelait les mésalliances.

Il faut donc reconnaître que dans l'ancien droit, l'erreur sur les qualités de la personne était considérée uniquement pour obvier à un danger que l'on regardait comme important : mais bien qu'admise dans une seule hypothèse et pour un cas particulier à cette période, il n'en est pas moins vrai que l'on peut de nos jours, comme le soutient Monsieur Huc « reconnaître en règle générale que l'erreur sur les qualités peut être telle, si grave et si essentielle, qu'elle soit considérée comme une erreur dans la personne aux termes de l'art. 180 du Code Civil. » ¹

Il y aurait donc là, à son avis, une question de fait variant avec les circonstances à examiner : C'est cette variation, c'est cet examen particulier qui ont fait rejeter la théorie de l'erreur sur les qualités de la personne par la jurisprudence, et cette dernière, redoutant l'arbitraire, a obéi là à des motifs qui devraient la guider pareillement dans son appréciation de certaines causes de divorce. « Une fois rompue la digue légale établie par l'art. 180, déclare Monsieur le Procureur Général Dupin, lorsqu'on voit s'effacer la limite idéale des qualités civiles prétendues substantielles, on déserte tout à coup l'édifice qu'on avait élevé avec tant de peine, on cesse d'alléguer la privation des droits politiques et civils et l'on passe de l'incapacité reprochée d'abord au condamné, à l'allégation de la honte indélébile qui désormais est attachée à son nom. . . . ; mais s'il doit en être ainsi, pourquoi dès lors ce principe de résiliation pour cause d'erreur sur les qualités morales de la personne, ne serait-il pas étendu à toutes les déceptions! et à tous les mécomptes qui suivent trop facilement les mariages » ².

Le procureur général Dupin, concluant au rejet de la

1. HUC : Commentaire du Code Civil, t. II, nos 75 et s. Comp. égal^t Pont (Revue critique, 1861 et 1862).

2. DALLOZ, 1862, 1,154.

demande en nullité, la justifie par le danger que pourrait entraîner en cette matière un précédent judiciaire rompant la digue légale établie par l'article 180 du Code civil.

Est-ce à dire que les règles établies par les rédacteurs du Code doivent rester immuables ? Ne peut-on pas étendre leur domaine et leur assigner de nouvelles bornes ?

Du moment que les limites nouvelles seront nettement tracées, qu'il n'y aura nulle place pour l'hésitation et l'arbitraire, quels reproches fondés pourraient être formulés contre une semblable réforme ?

Nous croyons que cette réforme est possible et que c'est par elle qu'il faudrait commencer, car elle permettrait de circonscrire plus exactement le domaine propre du divorce et de dissiper des confusions malheureusement trop nombreuses entre les causes de nullité et celles du divorce.

Nous nous imposerons donc, comme une étude préliminaire, celle de l'extension des causes de nullité du mariage.

Aujourd'hui, chaque individu possède diverses qualités qui contribuent à former sa personnalité ; parmi elles, il y en a qui sont communes à des groupes étendus : ainsi, nombreux sont les nationaux d'un même pays, les adeptes d'une même religion, tandis que les autres sont variables avec chacun : celui-ci est riche, celui-là pauvre ; celui-ci jouit d'une excellente santé, celui-là est malade ; celui-ci est vertueux, celui-là aime les plaisirs.

Les premières peuvent être l'objet d'une erreur dans l'esprit d'un futur conjoint, et cela d'autant plus facilement que les investigations des parties ne porteront pas sur elles, tant on les considère comme naturelles.

Presque toujours, en effet, l'époux appartiendra à la famille, à la religion, à la patrie dont il passe pour être le fils, l'adepte, le ressortissant.

Quel danger y aurait-il donc à admettre une action en nullité pour réparer semblable erreur ? En quoi une jeune fille catholique commet-elle une faute en ne s'assurant pas que son futur époux n'est pas engagé dans des liens religieux ? La laïcité n'est-

elle point la règle commune et pourra-t-on lui faire grief de cette imprudence et lui refuser tout secours ?

Quels motifs légitimes alléguer pour refuser l'action en nullité à une femme qui a contracté à son insu un mariage avec un étranger ? Bien inipitoyables sont les lois d'un pays qui refusent d'écouter les plaintes d'un de ses enfants, arraché malgré lui au sol de ses ancêtres, qui demande l'annulation du lien qui, sans sa volonté, l'a enchainé à une terre étrangère.

Est-ce une faute si impardonnable qu'elle ne puisse être effacée que celle d'une fiancée qui, au milieu du trouble inséparable d'une union projetée, a omis de se renseigner sur les antécédents judiciaires de son futur conjoint, qu'elle ne peut se figurer défavorables.

Pourquoi ne pas admettre le recours en nullité dans ces cas strictement définis et ne donnant lieu à aucune appréciation discordante.

La loi pourrait même supprimer la cause de nullité proposée, relative à la découverte chez l'un des conjoints d'un passé flétri par des condamnations infamantes pour l'honneur de l'autre, en rendant nécessaire la production, parmi les pièces à présenter à l'officier de l'état civil chargé de célébrer le mariage, du casier judiciaire de chacun des futurs époux.

Mais, tant que cette réforme désirable ne sera pas inscrite dans nos lois, il semble nécessaire de donner à la victime d'une semblable erreur une action en nullité.

Toute autre doit être la solution pour l'erreur portant sur les qualités qui varient non plus de groupe à groupe, mais d'individu à individu : chaque français, par exemple, possédant une santé, une fortune, une intelligence différente de celle de chacun de ses semblables.

Certes, ces qualités peuvent aussi engendrer l'erreur, mais cette dernière, bien qu'elle soit involontaire, n'est plus cependant excusable comme celle portant sur les premières.

Inutile de prêter aux parties le secours de la loi : chacune à eu la possibilité de prendre des renseignements, des informations au sujet de l'existence de ces qualités accidentelles si elle a été diligente, car nul n'ignore que la situation financière est essen-

tiellement variable, que la santé n'est pas le lot de tous ; si, au contraire, elle s'est basée sur les apparences, elle a commis une faute impardonnable dont elle doit subir les conséquences, quel que fâcheuses qu'elles puissent être. Et puis, si l'on déclarait la personne trompée sur ces qualités accessoires recevable en sa demande en nullité, ne serait-ce pas ouvrir la porte à l'arbitraire ? Si l'un des conjoints, par exemple, a déclaré apporter en communauté une dot de 50,000 francs et qu'en réalité il n'apporte rien, le juge ordonnera la nullité du mariage ; mais si l'époux verse à la masse commune seulement 40,000 francs ou 20,000 francs, le mariage sera-t-il encore annulable ?

En résumé, il conviendrait peut-être :

1° De considérer comme ouvrant l'action en nullité toute erreur portant sur une qualité substantielle, sur un « attribut » de la personne strictement désigné par la loi, tel que la nationalité, la religion, l'absence de condamnations criminelles et de certaines condamnations correctionnelles antérieures au mariage.

2° Et de refuser tout recours pour toute erreur portant sur une qualité accessoire comme la fortune, la santé, l'intelligence.

Et en adoptant cette extension de la notion d'erreur sur la personne, la législation française ne ferait que suivre la voie tracée par les législations modernes de l'Europe.

Le Code civil allemand¹ décide en effet, dans son article 1133, que « l'annulation du mariage peut être demandée par l'époux qui, lors de la conclusion, a fait erreur sur la personne de l'autre époux ou sur des qualités personnelles de l'autre époux de telle nature qu'il n'aurait pas contracté mariage s'il avait connu l'état des choses et apprécié raisonnablement le mariage qu'il contractait ».

Donc, en Allemagne, chaque fois que l'erreur porte sur des qualités intrinsèques ou bien sur des considérations de manière à entraîner l'indignité personnelle de l'un des conjoints, elle ouvrira au profit de l'autre une action en nullité.

Le Code suisse également décide, dans son article 124, 2° alinéa, que le mariage est susceptible d'annulation « lorsque

1. Code civil allemand, art. 1133, trad. de M. Meulenaere.

le demandeur a contracté mariage sous l'empire d'une erreur relative à des qualités si essentielles du conjoint que leur défaut lui rend la vie commune insupportable », et dans son article 125, 2^e alinéa, il déclare que le mariage peut être attaqué par l'un des époux « lorsqu'une maladie, offrant un danger grave pour la santé du demandeur ou pour celle de sa descendance, lui a été cachée » ¹.

Ces deux Codes, tout en se montrant beaucoup plus larges que le nôtre dans l'admission des causes relatives de nullité en matière de mariage, présentent cette lacune de ne pas préciser en bien des cas les causes justifiant la demande en nullité, et de favoriser par suite une application extensive. Cette lacune, le Code suisse l'a comblée en partie en ayant soin de spécifier le cas où l'un des époux est atteint d'une maladie contagieuse antérieure au mariage.

Peut-être trouverait-on inutile de modifier la rédaction de notre article 180 et prétendrait-on qu'il suffirait de suivre l'exemple donné par la jurisprudence italienne et de décider, comme l'a jugé la Cour de cassation de Turin, le 21 juillet 1883, et la Cour de Brescia, le 10 octobre 1883 ², en application de l'article 105 du Code italien, analogue comme rédaction à notre article 180, que « l'erreur sur la personne ne doit s'entendre de l'erreur sur les qualités constitutives de la personne civile et notamment de l'erreur sur la nationalité et le statut personnel » ³.

Mais il semble plus sage, en l'état actuel des textes, de leur donner une interprétation stricte, évitant tout arbitraire, et d'attendre du législateur les modifications qui semblent nécessaires.

A côté de la question d'erreur se présente celle du dol.

Contrairement aux principes généraux qui régissent les contrats, le dol est, en matière de mariage, considéré comme inopérant; on a expliqué cette différence par le désir qu'on a eu

1. Code civil suisse, art. 124 et 125. — Cf. commentaire du Code civil suisse, par Eugène Curti-Forrer, 1912, page 106 et sq.

2. Brescia, 10 octobre 1883. DALLOZ. Supplément v^o Lois, n^o 290.

3. Voir Code civil italien, art. 105. Traduction de Henri Prudhomme, Paris 1896, page 35 et la note.

d'éviter la rupture trop facile du lien conjugal, en retirant aux parties le moyen commode qu'elles auraient trouvé pour se délier de leurs obligations.

On est arrivé, certes, à réduire le nombre des annulations de mariage, mais n'a-t-on pas, ici encore, du même coup, augmenté celui des divorces ?

Donc, peut-être serait-il utile d'abandonner cette vieille maxime de Loysel : « En mariage, il trompe qui peut » ¹.

Un mariage qui repose sur des manœuvres dolosives a-t-il une base bien sérieuse ? Sera-t-il socialement utile ? Il est permis d'en douter. Alors, pourquoi ne pas permettre son annulation ? Pourquoi assurer à celui qui trompe son conjoint la protection de la loi et livrer la victime à la merci du coupable ? Pourquoi, en un mot, soustraire le mariage au droit commun des contrats ? Peut-être les manœuvres frauduleuses cesseraient-elles en grande partie, s'il était permis de dévoiler le dol et de l'attaquer ouvertement.

En effet, supprimons les peines corporelles et pécuniaires qui atteignent le dépositaire en cas d'abus de confiance ; ne menaçons plus d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100 à 5,000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement (loi du 1^{er} août 1905, art. 1^{er}) quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant sur la nature ou sur les qualités substantielles d'une marchandise ; ne verrons-nous pas ces délits croître en nombre et en importance ?

La menace d'une poursuite est un frein puissant à bien des infractions ; elle contribue à engager nombre de contractants à remplir honnêtement leurs obligations. Pourquoi n'aurait-elle pas la même puissance quand les contractants sont des époux et que l'objet du contrat est leur personne même ?

En poursuivant le dol par la nullité, nous ne serions pas des novateurs, car les codes qui ont admis l'erreur portant sur les qualités substantielles de la personne comme cause de nullité relative ont également attaché au dol la même sanction.

Le mariage peut être contesté, dit le Code civil allemand,

1. LOYSEL. — *Institutes coutumières*, livre I, titre II, n^o 3, édit. Dupin, n^o 105.

dans son art. 1334¹, « par voie d'annulation par l'époux qui a été déterminé à contracter mariage par des tromperies frauduleuses sur des circonstances qui, s'il avait connu l'état des choses et apprécié raisonnablement le mariage contracté, l'aurait empêché de contracter mariage.

Lorsque la tromperie n'a pas été commise par l'autre époux, le mariage n'est annulable que si cet époux l'a connue lors de la conclusion du mariage.

L'annulation ne peut être demandée du chef d'une tromperie sur les rapports patrimoniaux. »

Le Code suisse permet également à l'un des époux d'attaquer le mariage « lorsque le demandeur a été induit à dessein en une erreur décisive au sujet de l'honorabilité de son conjoint, soit par ce dernier, soit par un tiers de connivence avec lui »².

Ces codes semblent présenter ici encore, par leur manque de précision, le danger de laisser place à l'arbitraire dans l'application pratique, danger qu'il importerait d'éviter en autorisant l'époux victime de manœuvres dolosives à recourir à l'action en nullité seulement lorsque le dol aura fait naître en son esprit une erreur portant sur des qualités substantielles, sur des attributs de son conjoint.

Mais quels avantages, dira-t-on, à donner aux époux des facilités plus grandes pour rompre le lien conjugal par une action en nullité, plutôt que par une action en divorce ?

Ils sont assez nombreux : tout d'abord, au lieu d'une action imprescriptible pouvant toujours être utilisée par les parties quand elles seront désireuses d'en faire usage, ces dernières ne bénéficieront que d'une action souvent limitée par un court délai, passé lequel toutes les causes qui auraient pu motiver cette

1. Code civil allemand, art. 1334, *ibid*.

2. La législation anglaise a adopté des dispositions analogues : Sont entachés de nullité les mariages célébrés en suite de déclarations fausses et faites de mauvaise foi par les futurs conjoints.

L'époux dont le consentement a été obtenu par fraude ou par violence, ou par suite d'une erreur sur la personne, peut demander la nullité du mariage. Cf. LEHR. *Éléments de droit civil anglais*, T. I., liv. 1^{er}, section III, ch. I, § III, nos 103 et 104.

demande en nullité seraient prescrites et ne pourraient plus être reprises pour fonder une action en divorce.

De plus, le législateur qui prend parfois un souci exagéré des intérêts particuliers, ne trouverait-il pas dans cette réforme le moyen de venir en aide à l'époux catholique dont la foi a été frauduleusement trompée ?

Les croyances religieuses, dont la loi ne doit pas nécessairement tenir compte, n'en sont pas moins respectables.

« La loi, dit en effet Monsieur Huc, doit ignorer les croyances religieuses et n'en tenir aucun compte lorsqu'il s'agit de régler les droits et la capacité des personnes, mais nous le demandons, en quoi ce principe est-il méconnu par la décision de laquelle il résulte qu'une jeune fille, même sans préjugé, n'a pas entendu épouser un curé défroqué ? »¹

C'est en se basant sur le respect dû aux croyances qu'il avait été déclaré au Sénat, par les défenseurs de la loi du 27 juillet 1884, que la séparation de corps restait toujours réservée aux scrupules religieux, et c'est sur la foi de cette déclaration que fut soumise au Conseil d'Etat une proposition tendant à étendre les causes de nullité, mais ce Tribunal la repoussa et sa décision fut également adoptée par la commission qui était chargée de l'examiner.

Et puis, ce serait pour l'époux innocent l'entière satisfaction de voir effacer jusque dans le passé la trace d'un mariage qu'on lui a imposé et de ne pas porter le titre de divorcé qui lui rappellerait toujours le nom de l'époux qui l'a si honteusement trompé.

En résumé, toutes les causes de rupture du lien conjugal ayant leur source dans l'erreur où l'un des conjoints est tombé en ce qui concerne les qualités substantielles de l'autre, ou dans le dol qui lui a fait donner son consentement, alors qu'il aurait refusé de s'engager dans les liens d'une semblable union si la situation véritable ne lui avait pas été frauduleusement cachée, trouvant leur sanction dans une action en nullité relative rapidement prescrite, et la notion d'injure grave étant débarrassée d'un certain nombre d'éléments, le problème capital des causes du divorce et de la sanction établie pour chacune d'elles se présente plus clairement.

1. Cf. Huc. *Ibid.*, t. II, nos 75 et sq.

CHAPITRE III

*Des fautes conjugales. — Leur sanction actuelle :
Ce qu'elle est. — Ce qu'elle devrait être*

Les fautes que peut commettre un époux se divisent en deux catégories : les unes se résument dans la violation des devoirs qui s'imposent aux conjoints dans la société conjugale : devoir mutuel de fidélité, d'assistance, de secours ; devoir de protection du mari vis-à-vis de sa femme ; devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari ; obligation pour la femme d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; obligation du mari de recevoir sa femme chez lui et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire selon ses facultés et son état. Elles portent une atteinte directe aux droits de l'autre époux.

Dans la seconde catégorie, nous comprendrons les fautes commises par l'un des époux à l'égard de la société en général et qui entraîne pour son conjoint un déshonneur en raison de la solidarité qui les unit, chaque ménage formant un corps qui pâtit des crimes et délits de chacun de ceux qui le composent : l'épouse innocente d'un mari assassin est aux yeux de beaucoup marquée d'une tache indélébile ; associée dans la vie, l'opinion publique, bien souvent à tort, la considère comme associée dans le crime : elle portera désormais le nom d'un meurtrier ; c'est là une atteinte qui, bien qu'indirecte, n'en est pas moins cruelle.

De ces fautes, les unes sont graves, les autres légères, certaines accidentelles, d'autres continues ; il y a entre elles des degrés marqués, depuis le délit d'adultère menaçant la famille jusqu'à la simple injure proférée parfois dans un moment d'exaspération ou d'emportement irraisonné.

La logique ne voudrait-elle pas qu'à la gradation dans l'échelle des fautes correspondît une gradation dans l'échelle des

sanctions ? La loi pénale ne se base-t-elle pas sur la gravité de la faute pour l'application de la pénalité ? L'honnête citoyen qui aura violé involontairement un règlement municipal se verra infliger une amende ; le voleur, les peines privatives de liberté ; le criminel, les travaux forcés, peut-être la peine capitale.

« A chaque faute sa sanction », c'est un principe élémentaire de justice.

Voyons donc si, dans la matière du mariage, le législateur a su faire application de ce principe et recherchons tout d'abord, en suivant le même ordre logique, s'il a distingué parmi les diverses violations des obligations conjugales les différents degrés de gravité qu'elles comportent ?

Il faut reconnaître que, sur ce point, il a su apprécier et répartir en deux catégories les infractions aux devoirs des époux et il a nettement regardé les unes comme péremptoires et les autres comme secondaires. En droit, au point de vue de l'appréciation, elles ont été soumises à des règles différentes : s'agit-il d'une faute qualifiée péremptoire, le juge ne fera porter ses recherches que sur la constatation de son existence, tant est grande sa gravité ; s'agit-il au contraire d'une faute secondaire, alors le législateur accorde au magistrat le pouvoir de se livrer à une interprétation en tenant compte des circonstances dans lesquelles elle s'est produite et des faits qui peuvent, sinon la légitimer, du moins la diminuer.

En fait, cette faculté d'appréciation laissée aux magistrats pour la constatation de ces dernières fautes est pour ainsi dire inutilisée, étant donné la tendance de ces derniers à reconnaître comme fondée toute demande, quel que soit le motif sur lequel elle repose.

Que le juge ne se soit pas conformé au désir du législateur, ce dernier n'en est que partiellement responsable ; mais où sa responsabilité est entière, c'est quand il a attaché à des fautes inégales une seule et même sanction ; l'un des conjoints a-t-il commis le délit d'adultère, l'autre pourra obtenir le divorce ; l'un des conjoints a-t-il proféré des injures imméritées vis-à-vis de l'autre, ce dernier pourra obtenir le divorce.

Est-il raisonnable qu'à l'inégalité dans la faute corresponde l'égalité dans la répression ? ¹

Encore le législateur trouverait-il une excuse si le divorce seul était inscrit dans nos lois ; mais n'avons-nous pas, au titre sixième du Code civil, intitulé « Du Divorce », un chapitre spécial concernant la séparation de corps ?

Elle n'avait été, il est vrai, conservée que comme une concession trompeuse accordée aux croyances religieuses, et cette concession n'avait été faite que pour permettre la constitution d'une majorité nécessaire pour le vote de la loi rétablissant la dissolubilité du lien conjugal ; et sans cette crainte qu'éprouvaient les auteurs de la proposition de la voir encore une fois échouer, la séparation de corps aurait été ouvertement abandonnée.

Les travaux préparatoires, cependant, démontrent que certains Conseillers d'Etat et le Premier Consul lui-même n'étaient pas partisans de ce rejet complet de la séparation de corps, trouvant en elle, une mesure utile en bien des cas à la Société et non pas seulement à la foule des croyants et dont la loi devait imposer, dans certains cas, l'application.

Elle ne devait pas être uniquement une institution facultative pour les plaideurs ; ils voulaient faire d'elle le préliminaire obligé du divorce. Boulay, Conseiller d'Etat, admettait que « s'il était des causes qui anéantissent pour ainsi dire d'un seul coup le mariage, il en est aussi qui sans produire immédiatement le même effet, le produisent par leur continuité. Ces causes considérées dans un moment donné, ne sont pas très graves par leur nature, elles peuvent être l'effet d'un caprice ou d'une passion passagère ; elles sont susceptibles d'oubli : elles diffèrent d'ailleurs par les nuances des caractères, de l'éducation et des conditions.

Ainsi les admettre comme causes immédiates de divorce, ce serait porter une atteinte trop funeste à la sainteté du mariage ; il ne faut donc les admettre d'abord que comme cause de sépa-

1. La législation anglaise semble avoir évité cet illogisme.

Voir la loi du 28 août 1887 et le Licensing act de 1902, trad. de M. J. Bertheau, t. XXXII, p. 16 (ci-dessous p. 83 et 88).

ration. La séparation laisse subsister le mariage ; les époux quoique séparés restent toujours engagés l'un à l'autre, mais étant séparés, les causes qui avaient altéré leur union peuvent s'anéantir ou s'affaiblir, le temps peut les ramener à des sentiments plus calmes ; des parents, des amis peuvent s'interposer ; enfin l'amitié peut renaître ou du moins la raison se faire entendre et ramener les époux l'un à l'autre. » ¹

Par une exacte appréciation des causes rendant nécessaire une modification aux relations des époux entre eux, le Conseiller d'État Boulay avait remarqué qu'il en était certaines susceptibles de disparaître à l'épreuve du temps et nul n'avait vu mieux que lui les avantages de la séparation.

Pourquoi alors vouloir rompre un lien susceptible de se resserrer : c'est procéder à l'amputation pour une blessure trop légère ; pourquoi ne pas laisser l'éloignement accomplir son œuvre de modération ? La valeur d'une injure ne peut être jugée avec exactitude au moment où elle est proférée et au milieu des circonstances où elle a pris naissance. Le repentir n'existerait jamais si les insultes et l'emportement étaient toujours justifiés. Un moment de réflexion s'impose avant de faire consommer la rupture, un laps de temps pendant lequel chaque conjoint pourra réfléchir, parfois se repentir, quelquefois pardonner.

Mais il faudrait pour atteindre un si utile résultat que les époux séparés n'eussent qu'une pensée : celle de leur ménage désuni, et qu'un désir : celui d'en resserrer les liens.

Mais si, dans certains cas, comme nous venons de le constater, la séparation devrait toujours précéder le divorce, il en est d'autres où l'épreuve de l'éloignement restera impuissante : lorsque l'un des conjoints, par exemple, a formé une demande basée sur la condamnation de l'autre à une peine afflictive et infamante. La prononciation d'une rupture rapide semble alors nécessaire ; tout effort pour rattacher les époux l'un à l'autre est peine inutile.

Le législateur n'a-t-il pas eu la pensée de temporiser, espérant sans cesse un rapprochement possible ? Les rédacteurs du

1. Cf. FENET. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome IX. Procès verbal de la séance du 24 vendémiaire, an X, page 300, art. 310.

Code n'avaient-ils pas permis au juge d'ajourner, sauf le cas de condamnation à une peine criminelle, sa décision pendant un an ? Puis ce délai paraissant trop long, il a été jugé opportun de le réduire de moitié (Loi du 18 avril 1886).

Malgré sa brièveté, il constitue une sage disposition qui peut éviter bien des ruptures irréfléchies, mais nous devons constater qu'aucune autre n'est aussi peu appliquée que celle-là ; combien de décisions jurisprudentielles usent chaque année de cette faculté d'ajourner la prononciation du divorce ? elles sont en nombre infime, parce que le magistrat part de ce principe qu'il importe à tout prix de ne pas prolonger un état pénible entre des époux décidés à briser le lien qui les unit, et sous prétexte qu'une situation soi-disant désespérée se présente devant lui, il prononce le divorce avec une rapidité déconcertante, alors que sa tâche devrait être de rechercher jusqu'à la dernière minute le terrain d'entente favorable à la réconciliation.

La séparation préparatoire que notre article 246 prescrit, ce délai d'épreuve qui ne peut excéder six mois avant la prononciation de la sentence de divorce, certains codes étrangers l'ont également adoptée par des dispositions presque analogues. En effet, le juge y est obligé par la loi à commencer par la séparation de corps avant de parvenir au divorce ¹ ; mais, ce n'est plus pour lui une simple faculté comme dans notre législation, — de plus, la durée de cette séparation est variable et fixée différemment par chaque sentence ².

Nous devons reconnaître ces lois étrangères préférables sur ce point à la nôtre, surtout en constatant l'insuffisance de l'application pratique de l'article 246 du Code civil.

Combien d'époux préféreraient fermer les yeux sur les petites fautes de leurs conjoints, s'il leur fallait attendre de longues années avant de pouvoir reconquérir leur liberté.

1. Le délai de six mois, établi par notre article 246, n'est pas la séparation de corps ; mais, les époux ayant des domiciles séparés, il présente des avantages analogues, en vue d'un rapprochement éventuel entre les conjoints.

2. C'est le système adopté par les provinces baltiques (art. 128 C.) et en Suède.

Les adversaires de cette procédure lente et échelonnée, s'empres- sent de dire que le seul résultat tangible d'une pareille ré- forme serait la prolongation d'une vie de désordre dans un ménage troublé et l'augmentation de tous les maux qu'une rupture ra- pide peut seule arriver à prévenir.

Peut-être, mais alors nombre de plaideurs renonceraient à semblable procédure et un frein serait mis à de téméraires de- mandes.

Non seulement nous disposons d'un divorce trop facile, trop attrayant et souvent trop rapide, mais encore nous avons fait de la séparation de corps la première étape de la procédure du di- vorce (et, encore, est-ce une étape volontaire laissée à la discrétion du demandeur), un stage de quelques années avec le divorce comme récompense ou, en répétant les paroles de Jules Simon, « trois ans de pénitence avec le divorce au bout »¹ ; c'est un moyen au lieu d'être une fin, un échelon au lieu d'être un but.

La séparation, il faut le répéter, maintenue par faveur pour les croyances religieuses, appelée du reste « le divorce des ca- tholiques », n'avait été qu'une concession illusoire puisque rien, à part l'appréciation du juge qui elle-même fut supprimée par la loi du 6 juin 1908, ne pouvait empêcher le conjoint demandeur de subir la conversion en divorce quand bien même il serait innocent de tout tort : victime des fautes de son conjoint par les souffrances morales ou physiques qu'il a dû endurer, il est vic- time à nouveau de la sanction même de ces fautes qui fait de lui un paria dans la foule des croyants.

Donc, ce qui est inscrit dans nos lois, ce n'est plus la sépa- ration de corps, mais une sorte d'extension de notre article 246 du Code civil, dont l'application est à la disposition non du juge, mais des parties ; bien plutôt un divorce à effets différés.

C'est une situation provisoire et passagère, capable cepen- dant de procurer des résultats utiles si elle était régie par des lois strictes, se donnant pour but la reprise de la vie commune des conjoints séparés et non comme nous le verrons par les dis-

1. Séance du Sénat du lundi 23 juin 1884. *Journal Officiel* du 24 juin 1884. Débats parlementaires Sénat, 1884, p. 1180.

positions législatives actuelles qui s'efforcent d'adoucir cette longue pénitence en se préoccupant plus de la création d'un nouveau foyer que de la reconstitution de l'ancien : voilà comment se présente la séparation de corps de nos jours.

De même qu'il ne faut pas s'en exagérer les inconvénients, il est inutile de rechercher en elle la sanction idéale à toutes les infractions aux obligations de la vie conjugale.

Une étude raisonnée, exempte de toute passion, doit aboutir à assigner à la séparation de corps un domaine propre et distinct en l'utilisant pour atteindre deux buts différents ; le législateur devrait voir en elle deux mesures qui semblent au premier abord diamétralement opposées : l'une destinée à infliger à l'époux coupable une peine ; l'autre à favoriser un rapprochement entre les conjoints.

La première serait utile, en effet, dans les causes que l'on qualifie de péremptoires : l'un des époux a-t-il agi en violation de la parole donnée, l'autre aurait entre les mains cette arme puissante de la séparation ; impossible pour l'auteur du délit de reconquérir la liberté à laquelle il aspire peut-être ; il serait à la merci de sa victime.

Mais pour cela, d'importantes modifications aux textes actuels s'imposent ; et pour atteindre un résultat socialement utile, il serait nécessaire de faire table rase de toutes les dispositions qui régissent la matière depuis plus de dix ans et de remplacer complètement les lois qui depuis cette époque ont abandonné tout à fait le but vers lequel tout pouvoir législatif soucieux de l'avenir du pays devrait toujours diriger ses regards.

Considérons en effet les résultats obtenus par suite de l'application des lois du 15 décembre 1904, 7 novembre 1907 et 6 juin 1908, et prenons pour exemple l'adultère de l'homme séparé de corps. La décision du juge a-t-elle à peine relâché le lien conjugal que le législateur autorise implicitement le mari à continuer ou à nouer des relations adultères.

Qu'est-ce qui peut le retenir dans cette voie coupable ? Est-ce la crainte d'une condamnation : nous verrons bientôt que non. Est-ce la crainte de ne pouvoir par la suite secourir ouvertement sa complice ? Non, car il pourra l'épouser aussitôt libéré

de sa première union, dès que les trois années du régime de séparation de corps seront écoulées. Est-ce la crainte de faire des enfants qu'elle pourrait mettre au monde, des déshérités marqués toute leur vie de la tache de leur conception ? Encore non, car il pourra les reconnaître et les légitimer. Alors, demandons-nous, qu'est-ce qui peut attirer les regards de cet époux infâme vers sa première famille, celle qui devrait toujours rester pour lui, la vraie, la seule ?

Hâtons-nous de le dire, tant que nous aurons de pareilles dispositions législatives, l'époux coupable ne sera pas à la merci de l'époux innocent ; la séparation de corps ne sera pas une punition de ses fautes, mais une véritable récompense.

Supposons un instant qu'il lui soit interdit d'épouser sa complice : que ses enfants illégitimes ne puissent bénéficier ni d'une reconnaissance, ni par suite d'une légitimation ; que les peines qu'il mérite lui soient rigoureusement et impitoyablement infligées : alors ne verrions-nous pas s'élever aussitôt le niveau de nos mœurs ?

Certes, la loi du 15 décembre 1904 a été conçue dans la noble pensée de réparation d'une faute : rien de plus moralement obligatoire a-t-on dit pour le coupable que la réparation du préjudice par lui causé à sa complice ; mais les auteurs de cette proposition et tous ceux qui l'ont votée n'ont tourné leur attention que sur un seul point ; ils ont considéré une faute alors qu'il y en a deux, et facilité la réparation qu'il convenait d'accorder à la victime la moins intéressante.

L'homme marié, en effet, qui entretient des relations adultères, commet deux graves manquements au devoir que lui imposent la loi et la morale ; il porte une atteinte incontestable à sa complice, atteinte qu'il pourra réparer en devenant son mari ; un devoir de conscience s'impose à lui ; on lui permet de l'accomplir.

Mais ce préjudice n'est pas le seul ; en se comportant ainsi, l'époux agit en violation d'un des devoirs les plus élémentaires de la vie conjugale et l'épouse trompée n'est-elle pas plus à plaindre que celle qui a contribué à son malheur ?

Pourquoi alors permettre à cette dernière l'espérance d'une

large compensation et ne laisser à l'autre que la ressource d'une rupture, sorte d'abandon légal ?

Cette loi du 15 décembre 1904 permettant un rapprochement favorise par cela même un éloignement ; plus l'espace qui sépare le mari adultère de sa complice sera facile à franchir, plus difficile et improbable sera le retour vers l'épouse, vers la famille légitime.

Elle encourage, en facilitant l'accomplissement d'un devoir de conscience, la violation d'un devoir légal.

Avec de telles dispositions, il serait facile d'embarrasser les auteurs de semblables lois en leur demandant quels obstacles ils ont dressés devant une aventurière qui désirerait se faire épouser par un homme marié et ruiner ainsi la paix d'une famille ?

Leur système de défense, toujours le même, consistera à dire : le mal est fait, il s'agit de le réparer ; des relations adultères sont établies, la vie conjugale est devenue impossible ; la régularisation de ces situations s'impose ; c'est pourquoi nous permettons au mari de demander la conversion et de faire de sa maîtresse une épouse légitime.

Même situation en ce qui concerne la loi du 7 novembre 1907 et mêmes arguments pour la défendre : des enfants adultérins sont nés, la régularisation de leur état s'impose ; c'est pourquoi nous permettons au mari de reconnaître ces enfants et de les légitimer par mariage subséquent.

Cependant, il n'est pas interdit de penser qu'en légiférant ainsi, dans un but généreux, nos Assemblées, tout en se donnant pour tâche de réparer un mal, contribuent à en encourager et à en développer un autre.

Le divorce tel qu'il est admis, entouré de ces deux lois du 15 décembre 1904 et du 7 novembre 1907, n'a-t-il pas pour résultat de modifier l'état moral des époux régulièrement unis ? On ne peut malheureusement pas le nier. Il est facile de se rendre compte que l'admission si large de ces mesures est un encouragement à avoir recours au divorce et les paroles de Jules Simon prononcées au Sénat le prouvent surabondamment : « Quand on poursuit la séparation, dit-il, on ne poursuit que l'avantage de ne plus être avec une personne odieuse ; quand c'est le divorce

que l'on recherche, on poursuit l'avantage d'être avec une personne que l'on adore. Et par conséquent, on est poussé par le sentiment le plus puissant de la nature humaine : par l'amour. » « Vous croyez, ajouta-t-il, en s'adressant aux partisans du divorce, que ce n'est rien que de mettre dans les lois cet ingrédient qui dans certaines imaginations va produire peu à peu un amour malsain, qui va par avance l'innocenter et donner [aux conjoints] toutes les ressources de subtilité, d'ingéniosité et de force que la passion peut faire naître ; vous croyez que ce n'est rien, vous croyez que ce n'est pas un élément de dégradation et de démoralisation ? » ¹

Le législateur ne l'a pas cru en sanctionnant de son vote les lois de 1884, de 1904, de 1907 et de 1908.

Quant à la séparation de corps, nous avons vu qu'elle n'est pas une punition pour l'époux coupable, nous allons constater qu'elle n'est pas une arme pour l'époux innocent, comme elle aurait pu l'être si on avait adopté l'amendement que Monsieur Denormandie avait présenté au Sénat et qui donnait à l'époux demandeur seul le droit de réclamer après trois années de séparation la conversion en divorce ². Cette proposition se justifiait facilement ; il peut arriver, comme le reconnaissait le rapporteur, des circonstances où l'un des époux, froissé dans sa dignité, dans ses intérêts les plus chers, se considère comme étant absolument dans la nécessité de recourir à la justice, pour faire cesser une situation intolérable, et croit préférable, par des considérations que nous n'avons pas à déterminer, de se contenter de la séparation de corps : peut-être espère-t-il que la leçon sera suffisante pour faire renoncer son conjoint à des entraînements, ou bien simplement, le divorce lui est-il odieux. Quel que soit le motif qui le pousse à opter pour la séparation de corps, il ne faut pas qu'il puisse se voir enlever par le coupable le bénéfice d'une situation qu'il a choisie.

1. Séance du Sénat du mardi 27 mai 1884. *Journal Officiel*. Débats parlementaires, Sénat, p. 982. Nous avons substitué l'expression « aux conjoints » au texte véritable. Jules Simon dit « à la femme ».

2. Cf. *Journal Officiel*. Débats parlementaires, Sénat, 1884, p. 1175 et 1182.

Mais cet amendement, malgré la base logique sur laquelle il reposait, n'obtint pas la consécration légale et avec son rejet disparut toute l'utilité que l'on pouvait attendre du maintien dans notre Code de l'institution de la séparation de corps.

« Le résultat de l'article 310, disait Monsieur Lucien Brun, est de rendre la séparation de corps impossible pour les catholiques ; il est certain en effet que pour le catholique qui saura que le divorce peut être le résultat de la séparation, la demande en séparation de corps devient absolument impossible : voilà donc un époux qui ne peut solliciter la séparation parce qu'il est exposé à ce que l'autre époux demande plus tard le divorce. » ¹

Cette constatation extrêmement juste, s'applique aussi à tous ceux qui, bien que ne professant aucune religion, regardent le divorce comme un déshonneur pour une famille ² et qui se contenteraient d'une séparation de corps qui, à leurs yeux, ne présente pas semblable flétrissure.

Quand on envisage les résultats que peut produire cette faculté de conversion donnée à chacun des époux, à la victime comme au coupable, ne peut-on pas être étonné également de voir ce dernier autorisé à obtenir le divorce en se basant pour le réclamer sur ses propres fautes et à dire au juge : j'ai agi en violation de tous les devoirs que m'imposait la loi, je l'ai ouvertement violée, j'ai commis un délit ; ma femme a obtenu contre moi la séparation de corps ; maintenant, elle sollicite la réconciliation, elle m'offre son pardon et n'est animée que du désir de jeter un voile sur mes fautes passées et de reprendre la vie commune ; mais moi, je préfère reconquérir ma liberté, épouser ma maîtresse, légitimer mes enfants adultérins et je vous réclame de convertir la séparation de corps en divorce. ³

1. Cf. *Journal Officiel*. Débats parlementaires, Sénat, année 1884, p. 1176 et 1177.

2. Cf. Ce que dit le Conseiller Boulay au sujet de la séparation de corps. FENET, IX, p. 300, art. 306.

3. Telles sont les décisions de la jurisprudence moderne.

« Attendu que l'époux qui a obtenu un jugement de séparation de corps ne peut anéantir sans l'adhésion de l'autre ce jugement dont l'effet subsiste en l'absence de réconciliation.

« Que les juges saisis de la demande en conversion de la séparation de

A cette demande, le juge devra trahir sa conscience pour obéir à la loi ; il prononcera comme magistrat une sentence obligatoire qu'il réprouvera comme honnête homme ; mais c'est un ordre que le législateur lui a donné, une obligation qu'on lui a imposée (Loi du 6 juin 1908) ¹.

L'ancien article 310 conçu en ces termes : « Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originellement défendeur pourra demander le divorce au Tribunal qui l'admettra, si le demandeur originaire présent, ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation », était une disposition beaucoup plus sage que celle qui l'a remplacée. Elle prévoyait un cas de séparation non convertible puisque le défendeur, qui seul à cette époque pouvait exercer l'action en conversion, se voyait retirer ce droit : c'était celui où la femme avait commis le délit d'adultère ; elle se trouvait prisonnière du jugement de séparation : c'était pour elle une peine et la seule voie qui lui était offerte pour sortir de cette situation était de faire pardonner ses torts quelquefois excusables ; sa faute se trouvait ainsi énergiquement sanctionnée.

Pour les autres cas, en général moins graves, le coupable avait le droit de demander la conversion de la séparation de corps

en divorce formée par le mari contre lequel la séparation avait été prononcée, doivent accorder la conversion bien que la femme qui l'a obtenue ait signifié à son mari qu'elle abandonnait le bénéfice du jugement de séparation par elle obtenue ». Cass. req., 3 mai 1910 (*Gaz. du Palais* 1910,1, 1752).

Cf. également Cass., 11 mars 1901 (*Gaz. du Palais* 1901,1, 463). Paud. fr. 1901,1, 181. Paris, 11 février 1904. D. P. 1904,2, 256, et 15 avril 1896 (D.P. 1899,2, 129).

1. « Au point de vue moral, il y a, dit Monsieur Hitier, quelque chose de choquant à voir un époux se prévaloir de ses fautes pour s'affranchir légalement de ses obligations conjugales ». HITIER : Du développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884, Paris 1895 (*Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*).

Cette manière de voir avait été consacrée formellement dans un jugement du Tribunal d'Arras du 3 décembre 1884. (*Gaz. du Palais* 85,1,94) : « Attendu qu'il serait contraire à tout sentiment de justice et même dangereux pour l'ordre public qu'un époux, séparé sur les poursuites de son conjoint, put se prévaloir uniquement de ses torts pour recouvrer sa liberté. »

Cf. également un arrêt de la Cour de la Martinique, 21 février 1885. (S. 1885,2,65).

en divorce, à l'expiration du délai de trois années, mais le demandeur originaire avait toujours le moyen d'empêcher le conjoint contre lequel la sentence avait été prononcée de reconquérir sa liberté, en lui pardonnant, ce qui favorisait la réconciliation.

Depuis 1908 il n'en est plus ainsi : la conversion demandée par l'époux coupable sera toujours de droit quelle que soit la grandeur de sa faute ou l'attitude bienveillante du conjoint offensé.

En résumé, les lois du 27 juillet 1884 et du 6 juin 1908 ont en réalité supprimé la séparation de corps ; le mot est encore inscrit dans notre Code, mais la chose n'y est plus car, comme le disait Jules Simon dans son discours au Sénat, « quand vous venez nous dire que la séparation de corps pour l'avenir pourra toujours être transformée en divorce après un délai de trois ans, vous supprimez en réalité la séparation de corps, vous la supprimez en fait, vous la transformez ; du moment que quelqu'un a obtenu la séparation de corps ou y a été condamné, le divorce est suspendu sur sa tête ; il n'y a plus aucun moyen de s'y opposer » ¹.

Quels arguments présente-t-on pour rendre la liberté aux conjoints séparés, malgré toutes les bonnes raisons qui militent en faveur du maintien d'une séparation non convertible ? Le principal, celui sans cesse répété et devant lequel tous les autres disparaissent, c'est au dire des partisans du divorce que la séparation est un état anti-social, contraire à la nature humaine et aux bonnes mœurs ; c'est une terrible situation pour les époux que ce célibat forcé où chacun se trouve obligé de remplir toutes les obligations qu'impose le devoir conjugal, sans pouvoir bénéficier de tous les avantages qu'il présente. Mais il ne faut pas oublier, avant de s'apitoyer sur le sort du conjoint contre lequel le jugement a été prononcé et qui maudit sa situation, que c'est lui-même qui, en commettant quelque faute, a motivé la pénible punition ; quant au demandeur, bien rarement il se plaindra puisque c'est lui qui aura réclamé cette sanction, et de plus si, par une réforme qui semble s'imposer, on renfermait entre ses mains la faculté de conversion, il pourrait, si bon lui semble,

1. Cf. *Journal officiel*. Séance du Sénat du 23 juin 1884, *ibid.* p. 1180.

mettre un terme à cet état de choses aussitôt l'expiration du délai de trois ans.

Mais il faut constater que notre législateur ne voit que le présent et l'avenir et veut ignorer le passé : sur la cause qui a amené l'époux fautif dans cette situation de séparé de corps, il ferme volontairement les yeux : il voit l'époux puni, il ne voit pas l'époux coupable ; il vient à son secours, il s'efforce à lui rendre la solitude plus agréable, il lui permet de continuer ses fautes ou d'en accomplir de nouvelles en lui donnant par avance les moyens de les réparer. Ne songeant plus qu'à la création d'un nouveau foyer, nos Assemblées législatives ont perdu de vue le premier qu'elles ne protègent que par des dispositions peu efficaces ; il ne sera pas en effet difficile d'établir que tous les avantages pécuniaires que perd l'époux qui a vu prononcer le divorce contre lui ; que toutes les obligations que la loi lui impose à l'égard de sa première famille, ne sont pas pour cette dernière une protection sérieuse ; la stipulation d'avantages pécuniaires faisant souvent défaut, les obligations du coupable sont imparfaitement sanctionnées.

Et cependant ce n'est pas sans danger et sans tristesse que disparaît dans une famille celui ou celle qui par sa présence, son intelligence et sa douce autorité, aurait contribué au bonheur collectif.

Comment le législateur n'a-t-il pas été arrêté dans ses votes successifs concernant la matière, par la vision de ce ménage sans chef, de ces enfants sans protecteur, de cette épouse sans soutien ?

Elles sont en effet nombreuses les victimes d'un foyer désuni et les nouveaux mariages d'époux divorcés entraînent derrière eux de grands dangers dont sont surtout victimes les enfants du premier lit : « l'expérience de tous les jours, dit Monsieur Massol, prouve qu'un nouveau mariage vient altérer l'affection des parents envers les enfants issus d'un premier ménage ; d'un autre côté, les enfants eux-mêmes, se voyant délaissés ou sacrifiés, ne conserveront plus pour les auteurs de leurs jours cet amour et ce respect qu'ils leur avaient voués, et la jalousie et la défiance remplaceront les nobles sentiments commandés par la nature. Si

les intérêts des enfants sont lésés par la société nouvelle que leur auteur contracte après le décès de son conjoint, c'est-à-dire après la dissolution naturelle du mariage, combien plus ils ont à souffrir de celle contractée à la suite du divorce. La haine que le père portait à sa première épouse rejaillira sur les enfants qu'il en a eus, les enfants partageront les ressentiments de leur mère ou bien ils mépriseront les auteurs de leurs jours et ne conserveront envers eux aucun sentiment de tendresse » ¹.

L'épouse divorcée innocente de tous torts, ne sera jamais pour son second mari ce qu'elle était pour celui qui l'a épousée en premières noces ; elle portera toujours avec elle le titre de divorcée, elle ne sera pas sortie du ménage avec toute sa dignité et « de tout ce qu'elle y a apporté, elle ne retrouve souvent que son argent ; elle ne le retrouve pas toujours, il a souvent été prodigué pour alimenter l'adultère » ².

Quant à l'époux coupable contre lequel a été prononcé la sentence, sa propre conduite n'est pas rassurante et les garanties qu'elle offre pour de futures unions ne sont pas merveilleuses.

Voilà quelles sont les épaves qui subsistent après le naufrage d'une famille. Comment espérer avec de tels éléments reconstruire de solides foyers ? L'époux coupable se conduira-t-il mieux à l'égard de son second conjoint ? Il est permis d'en douter.

L'époux innocent prodiguera-t-il encore ses soins avec autant de bonté et de dévouement envers son nouveau conjoint et ne craindra-t-il pas de n'en pas être récompensé ?

Les enfants qui ont vu leurs parents désunis, se demanderont quand ils seront grands, ce que c'est qu'un mari, ce que c'est qu'une épouse, ce que c'est enfin qu'un foyer : peut-on espérer en eux pour l'avenir de généreux chefs de famille et de bonnes compagnes ?

En bien des cas, le second mariage ne sera pas plus heureux que le premier ; il commencera même sous de moins bons auspices : ce n'est pas la multiplicité des mariages que l'on doit

1. Cf. MASSOL. De la séparation de corps, p. 3.

2. Cf. MASSOL, *ibid.* p. 7.

rechercher, mais bien l'utilité qui en résulte pour la Société¹.

Mais si la liberté que le divorce rend aux époux n'est pas le gage pour l'avenir d'un nouveau foyer exempt de tout malheur, si elle n'est pas un remède tout à fait efficace, elle peut être parfois un palliatif à des situations particulièrement pénibles.

Il faut, pour autoriser le divorce, et pour établir les causes qui peuvent le rendre nécessaire, comparer le danger présent et le danger futur et il ne faut en aucune façon permettre au remède d'aggraver le mal.

Chaque fois que le danger actuel l'emportera sur celui qui pourra résulter de la rupture du lien conjugal, il y aura lieu d'autoriser le divorce. Quand, au contraire, le danger futur, sera plus à redouter et capable de donner un exemple plus pernicieux, alors il sera utile de chercher à sanctionner les faits délictueux par une mesure dont la rigueur et la sévérité inviteront les coupables à rentrer dans le chemin qu'ils se sont assigné le jour où ils ont souscrit aux conditions d'un engagement dont on leur a fait connaître l'étendue.

De plus, la liberté de rompre le mariage, dans le cas où la loi l'accorderait, ne devrait être laissée qu'au pouvoir d'un seul des époux : celui qui est victime de la violation grave d'un devoir et qui pourrait réclamer le divorce soit directement, soit, s'il a perdu l'espoir d'une réconciliation jugée un moment possible, en demandant la conversion au bout de trois années d'une séparation de corps préalablement obtenue.



1. « Il est assez curieux de remarquer que le nombre des divorces est de beaucoup plus élevé dans les départements où le nombre des naissances est en décroissance ; — et que dans les régions montagneuses, où les liens de famille sont restés plus forts, la proportion des divorces est au contraire très faible. » Voir l'article de Monsieur Georges Michel, paru dans l'*Economiste Français* du 3 octobre 1891, page 421.

DEUXIÈME PARTIE

Réformes possibles de la sanction des causes de divorce dans leur application à chacune d'elles.

L'exposé théorique des principes qui seraient propres à rendre au lien conjugal un peu de sa solidité primitive étant terminé, il ne reste plus qu'à en faire une application pratique à toutes les causes, rendant nécessaire une modification aux rapports établis entre les époux.

CHAPITRE I^{er}

L'Adultère ¹

En suivant ces principes, nous devons admettre le divorce pour sanctionner l'adultère. Mais cette sanction ne devrait pouvoir être réclamée que par l'époux qui en est victime. La voix du coupable ne devrait pas être écoutée dans une demande en conversion de séparation de corps en divorce : il a commis un délit, il doit être puni. L'autre époux, en conformité de ses désirs, veut-il réclamer la séparation, rien ne doit pouvoir l'arrêter dans cette demande et il ne doit plus avoir la crainte d'une conversion future et obligatoire ; préfère-t-il au contraire re-

1. Il est à remarquer que dans la jurisprudence moderne, le divorce est assez rarement prononcé pour cause d'adultère, la preuve de ce délit bien que permise par tous moyens (Cf. Cass. janvier 1906, D. 1908,1,49, S. 1906,1, 297) étant beaucoup plus difficile d'une manière précise que l'inconduite notoire attestée par des témoignages et constituant une injure grave.

prendre sa liberté et se faire une nouvelle vie, sa volonté doit être écoutée, soit aussitôt après la constatation de l'outrage, soit après le délai de trois années qu'il aura imposé au coupable qui n'a pu pendant cette période racheter ses fautes et mériter son pardon.

La victime se trouve ainsi efficacement protégée, mais encore, ne faut-il pas que ces armes que la loi lui donne pour se défendre soient utilisées par elle d'une manière abusive. Pour cela il est nécessaire, même pour cette cause péremptoire de divorce, de faire du magistrat chargé de prononcer la sentence, non plus un simple exécuteur de la volonté du demandeur, mais un juge chargé d'appliquer le remède d'une façon appropriée à la situation qui se présente devant lui ; il lui faudra sans doute se conformer aux prétentions du requérant ; l'adultère de la partie défenderesse est-il prouvé, le divorce devra être prononcé contre elle ; mais, de ce que cette sanction doive nécessairement suivre la constatation du délit, il n'en résulte nullement qu'il y ait nécessité à ce qu'elle soit immédiate.

Recommander au juge une plus fréquente application de l'article 246 de notre Code civil ; l'autoriser par une réforme puisée dans les lois des provinces Baltiques et de la Suède, à assigner à ce stage d'épreuve une durée variant avec les circonstances et nous aurions donné à l'application du divorce une flexibilité qui présenterait de gros avantages.

Mais, dira-t-on, c'est reprendre d'une main au conjoint offensé ce qu'on lui a donné de l'autre ; vous l'autorisez à demander le divorce pour cause d'adultère et à peine a-t-il formulé sa demande en ce sens que vous vous refusez de le satisfaire en lui imposant un stage qu'il ne réclame pas.

Cette objection est spécieuse, mais si grave que soit le délit nécessitant l'action, il peut se présenter sous divers aspects : il peut être excusable en partie par le concours de circonstances qui ont amené l'époux faulif à le commettre. N'y a-t-il pas de différence entre l'adultère que l'on peut qualifier d'accidentel et celui qui est la conséquence d'un concubinage notoire ? Entre le délit commis dans un moment d'égarement passionnel et celui qui est le résultat du vice ?

Punit-on des mêmes peines le criminel d'occasion et le criminel d'habitude ?

L'opinion elle-même se montrera moins sévère vis-à-vis du premier que du second lorsqu'elle aura sagement pesé les mobiles, tandis qu'à l'annonce du crime elle aurait indifféremment demandé l'application de la même sanction.

C'est contre ce danger d'une décision prise sous le coup de l'affront que le conjoint trompé vient de ressentir, que le magistrat doit prémunir ce dernier; et s'il pense que quelques années de séparation seront capables d'apaiser sa colère et d'éviter la rupture du lien conjugal, pourquoi ne pas lui permettre de favoriser un utile rapprochement ? Peut-on même soutenir que c'est porter atteinte au droit de la victime ? En agissant de la sorte, la loi la protégerait contre elle-même ; peut-être est-elle involontairement et à son insu incitée à former sa demande par des influences extérieures qui l'invitent à profiter d'une faute quelquefois excusable ; s'il en est ainsi, ne serait-ce pas une utile protection pour une femme exaspérée par le cruel affront et trop tentée de céder à de mauvaises voix qui, sous des dehors de pitié et de protection, cherchent à atteindre un but réel contraire à celui qu'elles semblent poursuivre.

L'époux trompé a, parfois, une tendance trop marquée au moment de l'outrage, à suivre les conseils imprudents qu'on lui donne, pour que la loi ne s'efforce pas de le mettre en garde contre lui-même.

Et quand bien-même, ces influences extérieures n'existeraient pas, peut-on penser qu'il soit capable pendant cette tourmente de sa vie privée de posséder toute la fermeté et la lucidité d'esprit qui lui sont nécessaires pour prendre une décision conforme à ses intérêts.

Et si le magistrat estime que le coupable peut mériter l'indulgence du conjoint innocent, pourquoi ne pas lui permettre de donner à ce dernier le temps de réfléchir et de décider dans le calme, s'il vaut mieux pour lui excuser ou punir ?

Si le délai de six mois (article 246, c. civ.) lui paraît insuffisant, pour que la haine de la victime ait cédé la place à la raison, pour que tous les faits grossissants inutilement la faute

aient été éliminés, il lui serait utile de pouvoir ordonner une séparation plus longue permettant au pardon le temps de survenir.

Et l'époux trompé, lorsqu'il aura décidé de reprendre la vie commune y trouvera peut-être dans la suite un bonheur qui lui aurait échappé si le juge ne l'avait protégé contre le danger d'une décision demandée sans réflexion, au milieu d'une situation que sa colère l'aurait empêché d'apprécier sainement.

De plus, il ne sera pas le seul à retirer de ce délai un avantage certain, car la Société elle-même est intéressée au maintien d'une famille et à toutes les mesures qui poursuivent ce but ¹.

Sanction de l'adultère, le divorce n'en est pas moins, malgré sa nécessité, un mal, et il serait naturel que la cause de ce mal soit punie étant donné ce principe salubre qui veut que nul ne puisse faire le mal impunément et que chacun doive trouver dans la loi un moyen de protection contre la menace d'un dommage et un moyen de réparation contre ce même dommage accompli.

Les victimes de l'adultère sont le mari ou la femme et s'il est suivi du divorce, la Société; cependant ce délit n'est sanctionné — et encore ne l'est-il que d'une manière incomplète — qu'en considération de l'atteinte qu'il porte à l'accomplissement du devoir de fidélité imposé aux époux : c'est une sanction laissée à la discrétion de l'époux victime de la violation de cette obligation ². Au contraire en tant que cause péremptoire de divorce, il jouit d'une impunité complète, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il s'est accompli, quel qu'en soit l'auteur.

Le demandeur en divorce ne veut-il pas réquérir des peines contre le coupable et se contente-t-il de rompre avec lui les re-

1. Jules Simon a éloquemment montré dans son discours au Sénat du 23 juin 1884, l'importance pour l'époux éprouvé par son conjoint de gagner sur soi et de triompher de la tentation du divorce. C'est à cette victoire que devrait aider le juge en remettant à plus tard la prononciation de la sentence définitive. Ce que nous proposons dérive en grande partie des observations de l'orateur philosophe.

2. Aux termes des articles 336, 337 et 339 du Code pénal, l'adultère ne peut être poursuivi que sur la plainte de l'époux outragé et celui-ci a le pouvoir en se désistant d'arrêter les poursuites.

lations conjugales ; aucune condamnation ne frappera l'auteur du délit ; la Société verra bien souvent se désagréger une des cellules qui lui sert de base et elle assistera impuissante à cette menace de ruine.

Et même l'inégalité est grande dans la répression de ce délit suivant qu'il est le fait de la femme ou celui de l'homme. Il suffit pour s'en convaincre de lire les articles du Code pénal relatifs à cette question. « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus » nous dit l'alinéa 1^{er} de l'article 337 ; et l'article 339, relatif à l'adultère de l'homme, déclare que « le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, sera puni d'une amende de 100 francs à 2.000 francs »¹.

Pourquoi cette différence si marquée, pourquoi le délit d'adultère est-il poursuivi à la première infraction quand l'épouse en est l'auteur, tandis que celui du mari n'est punissable qu'il se présente sous des formes spéciales, de sorte qu'il est permis à l'homme marié de vivre impunément dans l'adultère en n'entretenant pas sa concubine dans la maison commune.

Est-ce donc que la fidélité du mari vis-à-vis de sa femme n'est pas de même nature que celle de cette dernière à son égard ? Et cependant le Code civil ne dit-il pas dans son article 212 que les époux se doivent mutuellement fidélité ?

La réponse, toujours la même, est dans le danger que présente pour l'homme l'inconduite de sa femme, le moindre dérèglement de cette dernière pouvant donner naissance à un enfant qui protégé par la présomption « *pater is est quen nuptiae demonstrant* » échappera au désaveu, sa naissance n'étant pas cachée et le mari ne pouvant prouver ni son éloignement, ni son impuissance accidentelle.

C'est cette incertitude dans la filiation que la loi a voulu supprimer et pour atteindre son but, elle n'a pas hésité à frapper d'un long emprisonnement la femme coupable d'adultère. Mais est-ce la crainte de la paternité incertaine ou bien le désir de

1. Toulouse, 22 février 1900. D. 1904, 2.15.

Voir également DALLOZ, Chronique, 1910, XX, 1, p. 84.

sanctionner également la violation du devoir de fidélité, indépendamment des conséquences qui peuvent en résulter, qui doit prédominer dans l'esprit du législateur ? Sans aucun doute, la faute autant que ses suites doit être envisagée pour l'établissement de la sanction. Donc, que la femme adultère soit sévèrement punie ; c'est justice.

Mais que l'on ad juge l'adultère du mari avec une complaisance coupable ; que le législateur ait pu dire : nous permettons d'entretenir une concubine ; d'avoir même avec elle des relations dans la maison commune pourvu qu'elles soient un fait isolé : cela ne se conçoit pas. Mais objectera-t-on ; l'épouse trompée ne peut-elle pas recourir au divorce ou à la séparation de corps ? Certes oui, elle peut mettre un terme au scandale, mais cette rupture est pour elle une bien faible compensation, et ce n'est pas pour le coupable une punition.

Et puis, quand bien même cette épouse trouverait dans le divorce un remède à ses maux, ne serait-ce pas remplacer le mal qui l'atteint par un autre mal qui frappe la Société ?

Non, certes l'adultère de l'homme est plus coupable que ne veut le supposer le législateur : il porte atteinte lui aussi, à l'épouse, à la famille, et à la Société.

Est-il logique d'une part de laisser se développer le plus souvent dans une impunité complète au point de vue pénal les relations adultères d'un homme marié et d'autre part de vouloir ignorer le sort de malheureux enfants qui n'ont pas demandé à naître et dont la seule faute est d'être issus de relations criminelles dont le châtiment retombe sur la tête des victimes et non sur celles des coupables.

Quelle punition plus grave pour ces infortunés enfants venus sur la terre pour être marqués d'une tare indélébile, que celle que la loi, bien rigoureuse à l'égard d'innocents, leur inflige, en allant jusqu'à leur interdire de rechercher leur père, soutien indispensable de toute une jeunesse.

L'on ne peut certes pas admettre ces malheureux au partage des faveurs accordées aux enfants légitimes. Nés d'une union criminelle, qu'ils en demeurent la preuve vivante : soit. Mais, au moins, serait-il équitable puisqu'il est nécessaire de frapper la

victime, de poursuivre plus rigoureusement encore l'auteur de la faute. Ne peut-on pas être indigné en voyant d'une part un mari adultère vivre dans l'impunité complète, menacé de la simple punition d'un divorce qu'il ne saurait redouter, vu ses agissements antérieurs, divorce que bien souvent sa femme ne sollicitera, soit que ses croyances personnelles y mettent obstacle, soit qu'elle veuille épargner à ses enfants et à elle-même les ennuis d'une semblable procédure et qui préférera vivre dans une sorte d'abandon moral : ne peut-on pas être indigné en voyant ce mari criminel continuer avec une immunité et une impunité absolues cette vie qui ruine la paix familiale et de malheureux enfants, ses enfants adultérins, être obligés de vivre des subsides détournés par leur père de leur destination normale, parfois dérobés à son épouse légitime, ou d'être abandonnés aux soins et à la charge d'une mère sans fortune ; ils verront leur éducation négligée, abandonnés presque à eux seuls à un âge où le penchant vers le mal est si accentué, où le mauvais exemple a un si vif attrait : ils connaîtront peut-être les dangers de la rue, l'atmosphère corruptrice des établissements pénitentiaires ; ils prendront en haine la Société qui aura été pour eux si peu hospitalière ; ils deviendront peut-être des vagabonds, parfois des voleurs, quelquefois des assassins.

Voilà le triste mais réel tableau de l'impunité presque complète de l'adultère de l'homme, de la désagrégation de bien des familles, cause de ruine pour la Société. La faute ? Un mari commet un adultère isolé, un enfant en naît : voilà une famille qui s'effondre et bien souvent un futur conscrit de l'armée du vice. La répression ? Immunité pénale, possibilité d'un divorce toujours nuisible à la collectivité.

Evidemment, la différence semble grande au premier abord, selon que l'adultère a pour auteur le mari ou la femme ; mais, à l'examen, les conséquences qui découlent de l'adultère de l'époux seront les mêmes pour la Société que celles qui sont la suite de l'inconduite de sa compagne. Ne verra-t-on pas bien souvent un divorce prononcé contre celui-là aussi bien que contre celle-ci ? Ne verra-t-on pas également des enfants illégitimes abandonnés à la charge d'une mère. Ici, comme là, les deux coupables ne

pourront-ils pas se marier ? Ne verra-t-on pas également une famille légitime anéantie, une cellule de la Société décomposée ? Et, cependant, pourquoi l'emprisonnement d'une part et de l'autre l'impunité complète ? ¹

Quelle chose facile pour un époux, que de dissoudre un lien que le législateur a voulu difficilement résoluble. Il ne sera pas puni, il pourra épouser sa maîtresse : d'un côté impunité, de l'autre récompense. Une simple entente à trois, un adultère simulé et c'en est fait du mariage ².

Au contraire, il est à présumer, si le mari convaincu d'adultère se voyait infliger de trois mois à deux années de prison, alors même que son adultère serait un fait isolé ou se passerait en dehors de la maison commune, qu'une digne puissante serait opposée au torrent d'excessive liberté qui ruine le mariage, la famille, le pays. Il n'est pas téméraire de penser qu'un mari ne voudra pas satisfaire sa passion au prix d'un long emprisonnement.

Ne supprimons pas le divorce, car en ce cas c'est un mal nécessaire ; mettons-y néanmoins un frein, ne l'encourageons pas et voyons dans le délit d'adultère un obstacle non seulement à la certitude de la filiation, mais aussi à la stabilité des familles.

Ne semble-t-il pas que le législateur n'ait bien considéré que le premier point de vue et qu'il ait eu le tort de laisser le juge et l'épouse désarmés contre un mari qui par sa conduite anéantit un foyer au bonheur duquel devraient tendre tous ses efforts : les bonnes mœurs, l'ordre public seront atteints ; le

1. En Angleterre, la loi du 28 août 1887, fait une différence entre l'adultère de l'homme et celui de la femme ; tandis que pour cette dernière, le délit en lui-même constitue une cause de divorce ; pour le mari, il faut que l'adultère soit accompagné de certaines circonstances aggravantes, telles que bigamie, inceste, rapt, vice contre nature, cruauté (gross cruelty), abandon sans motifs pendant deux ans pour qu'il puisse entraîner le divorce.

2. Si en Angleterre l'on a établi une différence entre l'adultère du mari et celui de la femme, c'est que le seul adultère serait pour le mari un moyen trop commode de recouvrer sa liberté en faisant prononcer le divorce même contre lui. (V. Enquête de 1850, précédant le vote de la loi du 28 août 1857). Le complice de l'adultère doit être poursuivi en même temps que le divorce.

coupable seul recevra l'impunité et la liberté ; jamais plus belle prime ne peut lui être offerte.

Pour légitimer cette absence de répression, l'on a argumenté de la difficulté qui résulterait de la multitude des poursuites, mais est-ce vraiment un argument que de dire qu'un délit doit rester impuni lorsqu'il est si fréquent que sa poursuite serait la cause de l'encombrement de nos prétoires.

La fréquence d'un délit n'est-elle pas en raison inverse de la sévérité de la sanction qui y est attachée ?

Que le législateur sanctionne l'adultère du mari comme celui de la femme et il le rendra moins fréquent, qu'il établisse une répression efficace et il diminuera les demandes en divorce motivées par l'inconduite de l'époux.

Peut-être ces mesures augmenteront-elles un peu le nombre des poursuites devant les Tribunaux correctionnels, mais les rôles des Tribunaux civils se trouveront allégés ¹.

Fausse et inutile est la théorie des deux morales suivant les sexes : il ne doit pas y avoir pour l'homme une morale indulgente à l'excès et pour la femme une morale implacable et rigide ; — il ne faut pas, disait Monsieur de Pressensé, au Sénat, que « quand l'homme a manqué à son premier devoir et brisé les liens les plus sacrés, on appelle sa faute un succès ; la belle victoire, en effet, que celle remportée sur la famille flétrie et brisée » ².

Il semblerait donc socialement utile d'attacher une pénalité au délit d'adultère, égale pour les deux sexes, de la rendre obligatoire pour le magistrat et la considérer comme un accessoire inséparable de la rupture ou du relâchement du lien conjugal, c'est-à-dire du divorce ou de la séparation de corps ce qui amènerait certainement une notable diminution dans le nombre des divorces fondés sur l'adultère de l'un des époux.

1. Une tendance absolument contraire se manifeste en législation, où la répression pénale du délit d'adultère semble devoir être supprimée. Cf. proposition de M. Viviani, *Journal des Débats* du 19 juin 1894.

2. Cf. *Journal officiel* du 6 juin 1884. Débats parlementaires, Sénat 1884, p. 4032. Cf. également *Journal officiel* du 24 juin 1884. Débats parlementaires, p. 4189 et sq.

CHAPITRE II

Condammations infligées à l'un des époux

La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante autorisera l'autre à demander le divorce : telle est la disposition qui dans notre législation constitue la deuxième cause péremptoire de divorce : la seule constatation de la prononciation contre un conjoint d'une condamnation criminelle rendra obligatoire pour le juge l'attribution des conclusions formées au nom du demandeur.

Mais la loi qui ne contraint pas ce dernier à former une demande en divorce et qui l'autorise, à son choix, à se contenter d'une séparation de corps, ne devrait pas permettre que cette séparation puisse être convertie sur la demande du condamné, sa volonté ne devant prévaloir à aucun moment sur celle de l'innocent.

De toutes les causes actuelles de divorce, elle est la seule qui ne donne lieu à aucun abus : jamais les conjoints n'empruntent la voie du crime pour parvenir à la dissolution du lien qui les unit : la menace d'une condamnation exemplaire les en écartera ; le divorce ne sera pas ici le but recherché, il ne sera que la conséquence involontaire de la condamnation.

Aussi conçoit-on aisément une rupture rapide et sans délai.

Mais le domaine de l'article 232 du Code civil semble manifestement trop étroit. A côté de ces condamnations à des peines criminelles, il en est d'autres, qui, bien que moins sévères sont cependant la sanction de fautes quelquefois plus déshonorantes et prouvant chez leur auteur un plus grand degré d'inconduite et d'immoralité.

Le conjoint d'un récidiviste impénitent doit-il être moins bien protégé que celui d'un criminel d'occasion, qui dans un moment d'exaspération a accompli un meurtre ?

La Chambre des Députés ne l'avait pas pensé en adoptant

l'article du Code civil ainsi conçu : « Les Tribunaux pourront accorder le divorce aux époux qui le demanderont..... à raison de la condamnation de l'un d'eux à une peine correctionnelle d'emprisonnement pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche. L'action en divorce pour cause de condamnation à une peine correctionnelle devra être intentée dans le délai d'un an qui commence à courir du jour où la condamnation sera devenue définitive. Le conjoint qui n'aura pu avoir connaissance de la dite condamnation aura également pour exercer son action un délai d'un an à partir du jour où il aura cessé de l'ignorer. » ¹

Cette disposition était, il faut le reconnaître, très sagement établie et sa présence parmi nos lois actuelles présenterait une utilité manifeste.

Cependant, il semblerait préférable de retirer aux juges le pouvoir d'appréciation que leur accordait cette rédaction éphémère de l'article, en décidant que toute condamnation à tant de mois de prison, six ou dix, par exemple, soit pour vol, soit pour abus de confiance, escroquerie, excitation de mineurs à la débauche, outrage public à la pudeur, permettrait l'obtention du divorce sur la demande du conjoint innocent ². En s'attachant à la peine, on supprimerait ainsi tout arbitraire ; la condamnation à plusieurs mois de prison consécutifs indiquant soit l'énormité de la faute, soit la récidive d'une faute plus légère.

Ainsi, toute condamnation correctionnelle infamante d'une certaine gravité constituant une cause péremptoire de divorce, l'époux non coupable pourra obtenir la rupture du lien conjugal, même lorsque son conjoint poursuivi pour crime devant une Cour d'assises aurait été puni de peines correctionnelles par suite de l'admission de circonstances atténuantes.

En quoi, en effet, l'admission de ces circonstances peut-elle autoriser le juge à refuser de prononcer un divorce et obliger un innocent à rester uni à un coupable ?

Cette décision, présentée par la Commission chargée de pré-

1. *Journal officiel* du 9 mai 1882. Débats parlementaires, Chambre des Députés, p. 537, 2^e colonne.

2. *Journal officiel* du 9 mai 1882. Ibid. p. 536, 4^{re} colonne.

parer la deuxième délibération, avait obtenu la majorité des suffrages et la Chambre des Députés avait décidé que « toutes condamnations à des peines correctionnelles prononcées par les Cours d'assises et les Conseils de Guerre pour crimes, à raison d'admission de circonstances atténuantes » ¹ pouvaient servir de base à une demande en divorce.

De même que pour l'application de l'article 232 actuel, il n'y aurait pas, par l'extension que nous préconisons, à redouter l'abus : ici encore, pas un conjoint ne songera à se faire voleur pour obtenir la sentence de dissolution de son mariage.

Admettons donc cette nouvelle cause péremptoire constituée par toute condamnation prononcée pour une certaine durée à raison de délits particulièrement honteux et limitativement déterminés : « Il y a, en effet, disait Monsieur Naquet, un intérêt majeur à ne pas étendre outre mesure le droit d'interprétation des Tribunaux, à ne pas permettre la formation d'une espèce de droit prétorien en opposition avec notre droit écrit. » ²

Evidemment, si l'on décidait que toute condamnation à une peine correctionnelle peut entraîner le divorce, l'appréciation du magistrat serait nécessaire pour déclarer la demande non recevable au cas où la condamnation d'un des conjoints n'aurait été que la suite d'infraction très légère n'entachant nullement l'honneur de l'autre, ni celui du ménage ; mais, étant donné que les seuls faits répréhensibles pouvant donner ouverture à une requête en divorce seraient nominativement désignés, il n'y aurait plus à craindre des réclamations abusives et la liberté d'appréciation jurisprudentielle deviendrait par cela même inutile.

De plus, ce ne serait pas rendre le divorce plus facile, aucun Tribunal ne refusant actuellement de prononcer la rupture du lien conjugal pour cette cause regardée « comme la plus outrageante des injures. » ³

1. *Journal officiel* du 9 mai 1882. Débats parlementaires, Chambre, p. 537.

2. *Journal officiel* du 9 mai 1882. Ibid. p. 537, 2^e colonne.

3. Tribunal d'Angers, 13 avril 1896. D. 96, 2, 439.

Cf. également : la loi du 2 août 1887. — Toulouse, 30 décembre 1888 S. 89, 2, 61. D. 90, 2, 104¹. — Coulommiers, 1^{er} juillet 1892. (La loi du 13 août 1892). — Toulouse 17 mars 1892. *Le Droit* du 17 septembre 1892). — Toulouse 5 juillet 1886 (*Gazette du Palais*, 86, 2, 461¹).

CHAPITRE III

Excès et sévices graves

« Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour sévices, excès ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre ». L'article 231 du Code civil ainsi conçu est celui qui par son indétermination présente le plus grave danger de toute notre organisation du divorce. Embrassant dans son énumération vague toutes les causes de rupture et donnant aux Tribunaux entière faculté d'appréciation, il peut rendre le divorce difficile à obtenir si les magistrats se montrent sévères, facile au contraire, s'ils se montrent bienveillants : il peut permettre une application trop restrictive ou trop abusive, ce qui est regrettable en pareille matière.

C'est lui qui est la cause de l'abus actuel que l'on ne saurait trop déplorer ; c'est donc à lui qu'il convient d'apporter les plus sérieuses modifications permettant d'enrayer le mal.

Réunir dans une même disposition les excès et sévices qui sont une atteinte à la vie ou tout au moins à la santé du conjoint qui en est l'objet ¹ et la simple injure qui, quelle que soit sa gravité, n'en est pas moins supportable que les coups et les mauvais traitements corporels, il semble que ce soit un défaut de méthode évident d'autant plus que ce rapprochement dans l'énumération est suivi d'une égalité dans la répression.

Les rédacteurs du Code ont eu le tort de suivre en cette matière la voie que Pothier leur avait tracée ².

Ce qui démontre facilement l'inégalité dans la faute, suivant

1. « Le mot excès a été inséré, comme cela ressort des travaux préparatoires dans le texte de l'article 231, pour remplacer la disposition d'un article qui figurait dans le projet du Conseil d'Etat et qui visait, comme cause de divorce, l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre. J.-G. Sép. de corps 23. » FENET T. IX, p. 305 et 299.

2. Cf. POTHIER. Traité sur le contrat de mariage nos 509 et 510.

quelle se manifeste sous la forme de blessures ou simples voies de fait d'une part ou sous la forme d'injures d'autre part, c'est l'inégale manière dont sont poursuivies les unes et les autres par la loi pénale. Tout individu disent les articles 309 et 311 du Code pénal, qui volontairement aura fait des blessures, ou porté des coups ou commis toute autre violence ou voie de fait, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 16 à 2.000 francs, ou d'un emprisonnement de six jours à deux ans et d'une amende de 16 à 200 francs, suivant que l'incapacité de travail qui en résulte pour la victime est temporaire ou nulle, ou de la réclusion et des travaux forcés à temps, suivant que les actes de cruauté auront nécessité une amputation ou mutilation quelconque ou entraîné la mort.

Au contraire, les injures proférées contre un particulier ne sont plus réprimées que par la loi sur la presse du 29 juillet 1881 (article 32) : l'ancien article 376 du Code pénal qui les considérerait, quand elles ne renfermaient pas l'imputation d'un fait précis et n'étaient pas accompagnées de la publicité déterminée par l'article 375 (double condition qui ne se trouvait que très rarement réunie dans les injures proférées entre époux comme ne donnant lieu qu'à l'application des peines de simple police, se trouvant abrogé.

Il semblerait donc équitable, vu cette gradation des infractions, de les répartir en deux catégories, auxquelles seraient appliquées des sanctions différentes et de considérer les excès et sévices comme une cause obligatoire de divorce lorsque celui-ci sera réclamé par la victime, soit sous la forme d'une demande directe, soit sous celle d'une conversion laissée à sa seule discrétion, à l'expiration du délai de trois années depuis la séparation de corps, qu'elle aurait pu solliciter et obtenir.

Il serait peu-être, ici, comme en matière d'adultère, également utile, dans un but de justice et de protection sociale, d'adjoindre au divorce les peines que la loi pénale établit : ces peines devant être la sanction de la violation de deux obligations : tout d'abord, il y a violence exercée par un particulier contre un autre, et ensuite le particulier qui commet le délit agit en violation des devoirs qui lui sont imposés par les articles 212 et sui-

vants du Code civil, puisqu'il inflige ces mauvais traitements à une victime qui devrait être respectable au double titre de personne humaine et d'époux.

Bien plus, pour l'établissement de ces peines, il serait sans doute nécessaire d'étendre par analogie l'application de l'article 312 du Code pénal à la situation dont il s'agit ; le mari qui doit protéger sa femme et qui la frappe n'est-il pas aussi répréhensible que le fils légitime, naturel ou adoptif qui frappe son père, sa mère ou ses autres ascendants légitimes ?

Quel motif alors pour ne pas le punir de la réclusion, alors même que les blessures ou les coups n'auraient occasionné au conjoint ni maladie, ni incapacité de travail ? du maximum de la réclusion au cas contraire ; — des travaux forcés à temps lorsque l'article auquel le cas se réfèrera prononcera la peine de la réclusion ; — des travaux forcés à perpétuité quand l'article prononcera celle des travaux forcés à temps ?

Si pareille répression était employée, il n'y aurait certes pas beaucoup de divorces motivés par cette cause et les quelques décisions accordant la rupture du lien du mariage seraient le remède à une situation réelle et non pas feinte.

Certains Codes étrangers comme ceux de l'Allemagne et de la Hollande ont admis en partie que les sévices graves constituent une cause absolue du divorce, le Code civil allemand, par exemple, décide dans son article 1566, qu'un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint attente à sa vie, bien qu'il ne considère les autres excès que comme cause relative nécessitant l'appréciation du juge (article 1568 in fine).

Le Code néerlandais adopte une solution semblable dans son article 264.

En faisant des excès et sévices d'une manière générale une cause péremptoire, notre législation dépasserait certainement la mesure atteinte à l'étranger ; mais en autorisant la dissolution de la société conjugale, même pour simple préjudice à la santé on ne se montrerait nullement trop libéral tant que l'on ne prendrait en considération que les faits entraînant une répression pénale. On ne peut voir en effet en quoi il serait abusif qu'une épouse puisse invoquer, comme cause légitime et absolue

de rupture, une action telle qu'elle autoriserait les ascendants qui en seraient victimes à requérir contre leur petit-fils coupable, la peine de la réclusion.

De plus, il serait illogique, si l'on admettait les condamnations correctionnelles parmi les causes péremptoires, ce qui semble désirable, d'accorder ou de refuser la même sanction, à l'époux innocent, suivant qu'un étranger ou lui-même aura été la victime des violences de son conjoint.

La sanction civile s'imposerait au juge comme la sanction pénale, car pourquoi la sanction civile serait-elle pour lui facultative dans le premier cas et obligatoire dans le second, bien que l'époux requérant soit frappé directement et non plus indirectement, que sa santé soit atteinte et non plus seulement son honneur.

CHAPITRE IV

*Déchéances résultant du divorce**Ce qu'elles sont et ce qu'elles devraient être*

Frappé dans sa liberté, l'époux coupable doit l'être également, selon nous, dans son autorité sur ses propres enfants, car il est juste de le considérer comme indigne de l'exercer. Le Code civil ne semble pas avoir été assez loin : il confie bien à l'époux qui a obtenu le divorce la garde des enfants (art. 302) il retire bien au coupable son droit de correction (art. 375 et s.) et lui fait perdre son droit de jouissance légale (art. 386) mais il lui laisse, surtout quand c'est le père, le droit de donner en bien des occasions, à ses enfants le consentement dont ils ont besoin, ce qui n'est pas sans entraîner de graves inconvénients.

Coupable de faits qui ont montré son indifférence ou son antipathie envers sa famille légitime, il ne devrait pas, une fois que le lien est rompu par sa faute, commander encore dans ce foyer où il n'a plus sa place.

Une déchéance de la puissance paternelle s'impose, elle n'est que partielle, elle devrait être totale¹.

Prenons comme exemple l'article 152 de notre Code civil ; par cette disposition, établie par les lois du 20 juin 1896 et 21 juin 1907, le législateur avait désiré récompenser l'épouse bénéficiaire de la sentence de divorce en lui donnant le droit d'accorder la première son consentement au mariage de son enfant, mais il paraît n'avoir point prévu la difficulté qui devait se présenter quand elle refusait son consentement.

En effet, si c'est au profit du père que le divorce ou la séparation a été prononcée et si la garde des enfants lui a été

1. Perte du droit d'administration légale, du droit d'émanciper l'enfant, d'être tuteur, de nommer un conseil de tutelle.

confiée, peu importe la manière dont il manifestera sa volonté : maître pendant le mariage d'accorder ou de refuser son consentement (art. 148) il conservera son pouvoir après la rupture ; jamais son ancienne épouse n'aura à intervenir, et c'est justice.

Au contraire, la mère remplit-elle les deux conditions imposées par l'article 152, la solution donnée par cet article même entraînera une injuste conséquence.

Si elle accorde son consentement, il suffira ; mais si elle le refuse ? C'est alors que reparait l'époux coupable qui, en donnant son consentement, peut encore par sa volonté troubler de nouveau une famille qu'il n'a su protéger.

Ecarter à jamais l'indigne, chez qui la rancune l'emportera trop souvent sur la raison et qui trouvera encore une fois le moyen de faire souffrir son ancien conjoint en le frappant dans son affection la plus chère serait accomplir une œuvre louable.

La modification de l'article 152 s'impose : toute cause de nouvelles querelles disparaîtra quand l'on décidera que l'époux qui aura obtenu le divorce ou la séparation de corps, et à qui la garde de l'enfant aura été confiée, sera seul appelé à donner son consentement et que celui de l'époux coupable ne sera sollicité en aucun cas. La mère aurait ainsi, le cas échéant, entière liberté pour se décider et ne se verrait plus dans l'obligation d'accorder son consentement à l'enfant dans le but unique d'éviter un conflit avec son ex-conjoint.

L'enfant obtiendrait ainsi un consentement réfléchi et son mariage reposerait sur une base plus solide.

D'autre part, l'épouse infortunée trouverait dans cette autorité complète, concentrée sur sa tête la récompense méritée pour toutes les souffrances physiques ou morales qui lui ont été imposées.

Contre ce système paraît s'élever une objection : lorsque la mère divorcée contractera un nouveau mariage. N'y aura-t-il pas lieu de craindre l'influence du second mari sur la volonté de son épouse ? La loi semble le redouter. Ne le nomme-t-elle pas co-tuteur de la femme tutrice ; ne retire-t-elle pas à la mère remariée le droit de faire incarcérer son enfant ? Ne paraît-il pas alors, si l'on donne à la mère

le pouvoir exclusif d'accorder ou de refuser le consentement nécessaire à l'enfant et non plus seulement une simple priorité, que l'influence suspecte d'un beau-père soit à envisager ?

On ne peut évidemment pas nier qu'en certains cas, l'enfant se heurtera à un refus basé sur des raisons étrangères à sa mère seule, et peut-être pourrait-on lui permettre d'en appeler de ce refus lorsqu'il lui semble injuste, comme on autorise l'enfant incarcéré à protester contre une arrestation abusive. Mais il ne faut pas cependant s'exagérer les inconvénients qui résulterait de l'adoption de l'article 152 ainsi modifié. Dans un ménage uni, l'enfant ne se heurte-t-il pas quelquefois à des partis pris injustifiés de la part de son père ? Et puis l'âge de 21 ans qu'il lui faudra attendre pour n'avoir plus à solliciter de consentement n'est pas si tardif, qu'il faille donner à un mineur le moyen de vaincre un refus qui parfois n'a pour motif que son trop jeune âge.

Ce serait un châtiment sévère pour l'époux coupable que cette perte de son autorité sur la personne de ses enfants ; et cette déchéance légale serait beaucoup plus efficace que celle qui peut être déclarée par autorité de justice : elle serait inhérente au divorce, au lieu d'être subordonnée à une demande sollicitée dans des cas trop exceptionnels.

Toutefois, cette déchéance de la puissance paternelle serait subordonnée à l'existence du conjoint innocent ; elle serait établie en sa faveur plutôt que contre le coupable et ce dernier recouvrerait ses droits après le décès, l'interdiction ou l'internement de l'autre époux ¹.

Mais, à côté des déchéances dont se trouve frappé le conjoint qui a nécessité la rupture du lien conjugal, subsistent pour lui des obligations dont la principale est la contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants.

Ces obligations théoriquement existantes ne le sont guère pratiquement ; on se heurte trop souvent au mauvais vouloir d'un conjoint débiteur qui refuse systématiquement de les exécuter.

1. Cette réforme demandée devrait s'appliquer pour tous les consentements dont a besoin l'enfant : adoption, soumission à la tutelle officieuse, mariage, engagement dans l'armée.

Quels moyens efficaces possède-t-on en effet contre celui qui ne possède aucun bien et qui vit de son travail journalier : il n'y en a en réalité aucun. Il ne suffirait pas, en effet, pour les rendre efficaces et ne pas laisser leur accomplissement à la volonté du coupable, de permettre à l'autre époux, en particulier à la femme divorcée, d'obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son ancien conjoint sa part contributive à l'entretien de ses enfants¹, il vaudrait mieux suivre l'exemple de certaines législations étrangères et adopter les règles qu'elles établissent pour obliger l'époux qui néglige sans motif de pourvoir à l'entretien de ses enfants mineurs, en lui infligeant des peines pécuniaires et corporelles. Une loi de l'Etat des Massachussets du 17 avril 1885 prononce contre lui une amende de 20 dollars au plus et un emprisonnement de six mois au maximum : l'article 207 du Code pénal de Neuchâtel prévoit également des sanctions suffisantes pour empêcher la violation d'une semblable obligation : « Celui qui pouvant, par son travail ou de toute autre manière, subvenir aux besoins de ses parents en ligne ascendante ou descendante ou de son conjoint, abandonne sa famille et la laisse sans secours, sera puni d'un emprisonnement qui n'excèdera pas six mois et ne pourra être moindre d'un mois ou de l'internement d'un an au moins et de trois ans au plus dans une maison de travail ou de correction. Il pourra en outre être privé des droits civiques pendant dix ans. » Enfin la loi norvégienne punit aussi cet abandon comme un délit : « celui qui se dérobe à l'obligation de secourir sa famille par lui abandonnée peut être appréhendé et placé dans un établissement de travail obligatoire pour une durée maxima de trois mois jusqu'à ce qu'il ait payé ou donné des sûretés. »

1. La jurisprudence accorde même à la femme divorcée des garanties chaque fois que se présentent des circonstances favorables. La troisième chambre du Tribunal civil de Lyon a en effet jugé le 3 mars 1910, qu'une femme divorcée, bénéficiaire d'une pension et qui a, pour en avoir paiement, saisi-arrêté des sommes importantes revenant au mari, est fondée à demander qu'il soit prélevé une somme suffisante pour l'achat d'un titre de rente garantissant dans l'avenir le service des arrérages de sa pension alimentaire (*Moniteur de Lyon* : 5 mars 1900).

Ce sont là des sanctions efficaces qui, adoptées par notre législation, inciteraient l'époux divorcé à l'accomplissement de ses obligations ; même divorcé celui qui néglige de pourvoir à l'éducation et à l'entretien de ses enfants commet un véritable abandon de famille.

En résumé, répression pénale, déchéance légale et complète de la puissance paternelle, obligations sanctionnées énergiquement : telles devraient être les conséquences du divorce pour l'époux qui l'a nécessité ¹.

1. La jurisprudence et la législation anglaise se montrent très protectrices du conjoint qui a obtenu le divorce à son profit, et des enfants : quand la femme est innocente, il n'est pas rare que la pension alimentaire (alimony) qui lui est allouée par le Tribunal, atteigne le tiers ou la moitié des revenus de son mari.

Quand la femme est coupable d'adultère et que le divorce est prononcé pour cette cause, les Tribunaux peuvent modifier les conventions patrimoniales faites au profit de la femme et attribuer une partie de ses revenus aux enfants et au mari. Ils peuvent également ordonner dans ce cas qu'une partie des biens de la femme soient substitués (settled) au profit de l'époux innocent et des enfants issus du mariage. Loi du 28 août 1857. Cf. LEHR, op. cité, p. 70.

CHAPITRE V

L'Injure grave

En considérant la rédaction de l'article 231 du Code civil, nous avons constaté qu'il opérait un rapprochement inexact entre les excès et sévices d'une part et l'injure grave d'autre part. Après avoir recherché la manière dont il fallait poursuivre et punir les premiers, il ne nous reste plus qu'à procéder de même à l'égard des faits de la deuxième catégorie qui constituent l'injure grave.

Tout d'abord, en quoi consistent-ils? On a essayé en vain d'en formuler une définition exacte : c'est chose impossible, étant donné la multitude des formes variées sous lesquelles ils se manifestent : injures verbales, faits injurieux énumérés par la jurisprudence et non définis par la loi ¹.

En cette matière, le magistrat a trop de liberté d'appréciation et les parties trop de facilités pour simuler une injure grave : les requérants en abusent si facilement qu'ils font de cette cause de

1. Les recueils de jurisprudence abondent de décisions prononçant le divorce basées sur l'injure grave. Il suffira d'en citer quelques-unes pour montrer à quel point il est difficile de donner de l'injure une définition satisfaisante : constitue une injure grave le fait par un mari d'avoir, sur la foi de certains rapports dont il n'a pas vérifié l'exactitude, adressé à sa femme une lettre dans laquelle il incrimine sa conduite dans les termes les plus blessants (Caen, 31 mai 1916. Rec. Caen. 1917, 187).

Le refus d'assistance et de secours constitue également une injure grave. Cass. req. 22 janvier 1918. *Gazette du Palais*, 16 février 1918.

L'ivrognerie, elle aussi, constitue une injure grave. (Toulouse, 10 février 1898. D. P. 99. 2. 257. Agen, 30 janvier 1905. D. P. 1905, 2-63 et 64.

Des appellations grossières adressées par un mari à sa femme constituent une injure grave de nature à entraîner le divorce. (Toulouse, 13 mars 1910. *Gazette des Tribunaux*. Mid. 9 avril 1911).

Cf. également Cass. req. 16 juillet 1908. Rec. Rouen, 1908, 209. Paris, 23 juin 1909. D. 1910, 2, 143. Tribunal de Tunis, 31 juillet 1916. J. Tribunal Tunis, 1916, 352.

rupture l'équivalent de celle qu'introduirait dans nos dispositions législatives le divorce par consentement mutuel ; c'est une femme que son mari refuse de recevoir au domicile conjugal ; ce sont des paroles injurieuses proférées par l'un des époux à l'encontre des parents de l'autre : voilà des exemples, ils sont innombrables.

Etait-il alors utile de proclamer que le divorce n'existait en France que pour causes strictement déterminées ?

Mais il ne faut pas voir partout de la simulation ; à côté des situations feintes, il y a des situations réelles et bien souvent pénibles auxquelles il faut apporter un remède, remède proportionné au mal, propre à procurer un soulagement et à enrayer les machinations que l'on s'habitue trop à considérer comme un moyen d'atteindre la réalisation d'un droit.

La tâche qui s'impose est facile à accomplir ; ce ne sera plus dans l'établissement d'une répression pénale qu'il faudra rechercher le frein à l'abus qui se manifeste : la faute, véritable ou fictive a trait à des faits personnels trop peu graves pour mériter les rigueurs du Code pénal, mais bien dans le refus du divorce à la demande des époux. Accorder au conjoint innocent une séparation de corps non convertible serait une réforme simple, naturelle et efficace.

A chaque mal en effet doit correspondre un remède. A l'adultère, aux condamnations criminelles ou correctionnelles, opposons le divorce ; à l'injure grave la séparation de corps sans conversion et non pas le divorce après un stage de séparation, comme le préconisait le Conseiller Boulay¹.

La séparation de corps n'est-elle pas suffisante ? Permettons à chacun des époux de vivre séparé ; rendons à chacun l'admi-

1. En Angleterre, cette proportionnalité dans le remède est nettement marquée : le divorce ne peut être motivé que par l'adultère. La séparation de corps, au contraire, s'accorde dans trois cas présentant une gravité moindre : abandon sans motif pendant deux ans, cruauté et crimes contre nature.

La législation anglaise possède une disposition spéciale relative à l'ivrognerie : lorsque l'un des époux s'adonne habituellement à l'ivrognerie, son conjoint peut demander à la justice de le dispenser du devoir de cohabitation, le mari peut se voir privé de ses droits de puissance paternelle et se voir condamner à payer à sa femme une pension qui peut s'élever à 50 francs par semaine.

Cf. LICENSING act. de 1902, trad. de M. J. BERTHEAU, t. XXXII, p. 16.

nistration de ses biens et le but sera atteint. A-t-on affaire à une situation réelle, le remède est suffisant : le mari n'aura plus besoin d'obliger sa femme à réintégrer le domicile ; la femme ne se verra plus expulsée de nouveau ; les insultes ne pourront se renouveler.

A-t-on affaire à une situation simulée : ici encore le but est atteint ; inutiles alors toutes les machinations ; la liberté ne peut plus être reconquise, la séparation de corps laisse subsister toutes les obligations du mariage et en supprime tous les avantages.

A peine le législateur aura-t-il statué en ce sens que les jugements convenus disparaîtront.

Contre ce système s'élève le reproche du « célibat forcé » reproche qui semble péremptoire dans un pays en proie à la crise de la natalité. Mais il est facile de réduire cette objection à de justes limites.

Sans tenir compte des réconciliations toujours possibles, rares en réalité, mais qui deviendraient plus fréquentes car les faits motivant la séparation, après l'élimination des condamnations correctionnelles, et l'extension des causes de nullité relative à l'erreur sur la personne, ne présenteront jamais une gravité telle qu'ils ne puissent être pardonnées, et les époux ne voyant plus dans la séparation de corps un simple stage en attendant le divorce, on verra se multiplier les cas d'abandon d'instance ; en négligeant cet argument, ne peut-on pas dire que l'intérêt d'un pays est moins attaché au nombre qu'à la valeur de ses enfants ? Un soldat ne sert sa Patrie, il ne la défend avec abnégation qu'autant que l'idée de Patrie se trouve renforcée dans son esprit par l'idée de famille et qu'il sait qu'en protégeant son pays, il protège son foyer.

Au contraire, l'enfant qui dès son plus jeune âge, a vu ses parents divorcés, qui a été privé de la protection d'un père ou des soins d'une mère, qui aura vu son éducation négligée, ne possèdera pas à un si haut degré l'esprit de sacrifice que celui qui aura été élevé au milieu d'une famille unie, au sein de laquelle il aura pu puiser les bons principes et les sages enseignements.



CONCLUSION

Telles sont les réformes qui nous paraissent s'imposer en cette matière. Contre elles s'élèveront sans doute bien des critiques. Elles seront considérées par certains comme de dangereuses atteintes à la liberté, comme des mesures rétrogrades.

Mais, malgré ces accusations dont nous ne pourrions nous justifier sans dépasser les limites de notre sujet, les réformes que nous proposons contribueraient à rendre au lien sacré du mariage la solidité qu'il a perdue ; elles constitueraient un obstacle à l'égoïsme de l'individu, une protection efficace pour la société. Elevons donc, puisqu'il le faut, les digues qui protègent le foyer et les époux rechercheront dans le cadre de l'union conjugale le bonheur qu'ils poursuivent au dehors encouragés par des lois agréables peut-être à l'individu mais socialement nuisibles.

Le danger, ce n'est pas l'institution du divorce, c'est son application à des situations qu'il ne devrait pas régir ; le danger, ce n'est pas la séparation de corps, mais son application à des causes péremptoires.

Ces deux institutions, chacune en son domaine, doivent tendre à la protection de la famille et à la sécurité du pays.

Il ne faut pas se le dissimuler : la contrainte tutélaire de la loi s'impose dans notre matière plus impérieusement et plus étroitement qu'en aucune autre ; le culte exagéré de la liberté individuelle, au contraire, ne peut conduire qu'à un résultat funeste dans une question où l'ordre public est si hautement intéressé.

VU : *le Doyen,*
LARNAUDE

VU : *le Président,*
PIÉDELIÈVRE

VU : *le Vice-Recteur d'Académie,*
L. POINCARÉ



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	PAGES
Le lien du mariage envisagé au point de vue individualiste et au point de vue social.	1

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — L'abus du divorce et ses motifs.	9
CHAPITRE II. — De l'extension des cas de nullité de mariage et de la limitation de la liberté d'appréciation jurisprudentielle en matière de divorce.	22
CHAPITRE III. — Des fautes conjugales. Leur sanction actuelle : Ce qu'elle est. — Ce qu'elle devrait être.	32

DEUXIÈME PARTIE

Réformes possibles de la sanction des causes de divorce dans leur application à chacune d'elles.	49
CHAPITRE I. — L'adultère.	49
CHAPITRE II. — Condamnations infligées à l'un des époux.	58
CHAPITRE III. — Excès et sévices graves.	61
CHAPITRE IV. — Déchéances résultant du divorce. — Ce qu'elles sont et ce qu'elles devraient être.	65
CHAPITRE V. — L'injure grave.	70
CONCLUSION.	73

